LBS 449481

CURSO COMPLETO ELEMENTAL

DE

DERECHO ROMANO

QUE COMPRENDE

LA HISTORIA EXTERNA; LA HISTORIA INTERNA
O ANTIGÜEDADES,
Y LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO
ANTES REFERIDO.

Formado de las doctrinas de las mejores obras extrangeras especialmente de las escritas por HUGO, NIEBUHR, SAVIGNY, WARKOENIG, HAUBOLD, Y MACKELDEY, *para uso de los estudiantes legistas de las universidades de España.*

POR

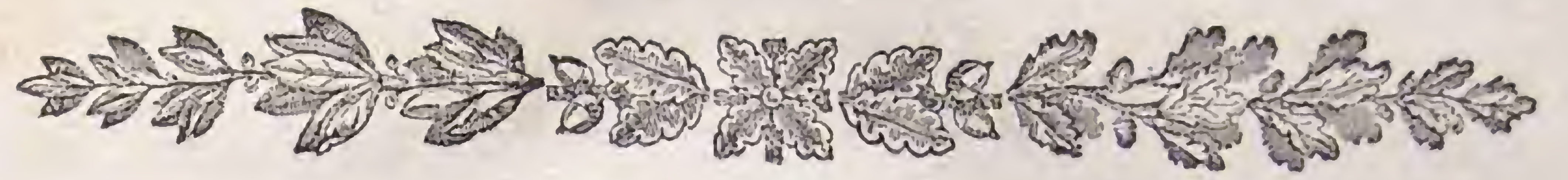
Don Ruperto Navarro Zamorano, Don Rafael Joaquin de Lara y D. José Alvaro de Zafra.

ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID.

TOMO IV.

INSTITUCIONES.

MADRID:
Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos.
1842.



LIBRO TERCERO.



DE LOS DERECHOS DE FAMILIA.

§. 803. *Nocion y extincion de los derechos de familia.*

Los derechos de familia tratan del estado de familia y de su influencia sobre las personas y bienes de aquellas que la constituyen (1) al estado de familia corresponde el *matrimonio*, *la patria potestad*, y hasta cierto punto, *la tutela y curaduria.*

---

(1) El derecho de familias, en el sentido que aqui le damos no debe confundirse con el *jus personarum*, vide §. 506, 507.

SECCION PRIMERA.

DEL MATRIMONIO (1).



CAPITULO PRIMERO.

NOCION Y CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

§. 804. I. *Nocion del matrimonio.*

El matrimonio es la union entre el hombre y la mujer, para vivir en una sociedad indisoluble (2). El matrimonio, pues no consiste solamente en la union sexual sino es principalmente en esta unidad de toda la vida, que es el objeto de los cónyuges. Esta intencion, *animus*, que preside á la union del hombre, y de la mujer, es la que constituye la diferencia entre el verdadero matrimonio, y todas las demas uniones que no tienen este carácter, y principalmente el *concubinato* (3). El matrimonio y el concubinato, convienen en que uno y otro son la union del hombre y de la mujer, y en que exteriormente se parecen; al menos por derecho romano sucedia así, porque no se exigia ninguna forma exterior para la celebracion del matrimonio, sino es solamente el consentimiento matrimonial *(conssensus matrimonialis)* (1). Pero interiormente el concubinato y el matrimonio difieren en la esencia, porque éste exige el *animus matrimonii*, es decir, el objeto de los esposos es vivir en una union completa, y compartir por toda su vida una misma suerte. El efecto general del matrimonio verdadero y válido, es elevar á la mujer á la dignidad del marido, y dar á los hijos nacidos en el mismo, la cualidad de legítimos; es decir, en derecho, el marido es considerado como padre de los hijos, ó como dice la ley *liberi patrem habent*: tambien estan estos bajo la patria potestad. La concubina por el contrario no se eleva á la dignidad del marido. Los hijos nacidos del concubinato son ilegítimos; *liberi quasi sine patre*; y no estan bajo la patria potestad (2).

(1) Fuentes: Inst. 1, 10.-D. XXIII, 2.-C. V, 4.

(2) Fr. 1. D. XXIII. 2. Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ consortium omni vitæ; divini et humani juris communicato. §. 1. J. I. 9: Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. C. 4. C. IX 32.

(3) Hallábase permitido el concubinato en Roma bajo ciertas condiciones. Paul. II, 20. D. XXV, 7. Cod. V, 26.

§. 805. II. *De los esponsales.—A. De su celebracion.*

Ordinariamente precede al matrimonio una convencion, por la cual el marido y la mugér se prometen recíprocamente contraer mas adelante un legítimo matrimonio. Esta convencion se llama esponsales *(sponsalia)* (3). Por derecho romano para su validez se necesitaba solo el consentimiento de las partes (4). Este consentimiento debe ser prestado formalmente con reflexion y libertad: la demencia, la violencia, el fraude y el error sobre la persona ó sus cualidades

(1) Fr. 15. D. XXXV, 1. fr. 30. D. L, 17.

(2) Fr. 49. §. 4. D. XXXII.-§. 12. J. I, 10.-Gajus I, 64.

(3) Dig. XXIII, 1.-Cód, V, 1.

(4) Fr. 4. pr. D. XXIII, 1. Si alguna de ellas se encontraba bajo la patria potestad, se requeria el consentimiunto del padre de familias. fr. 7. §. 1. ibid, comparado con el pr. J. I, 10, y Paul. II, 19.

esenciales, ya por la naturaleza particular del matrimonio, ya por la general de los contratos, vician el consentimiento (1). Los que en lo sucesivo pueden contraer matrimonio, pueden tambien desposarse (2), no obstante que al tiempo de los esponsales, alguno fuera incapaz, ó no pudiera contraer matrimonio (3) en derecho. Los esponsales pueden tambien celebrarse bajo condicion, en cuyo caso es necesario aplicar generalmente los principios establecidos sobre los contratos (§. 660). Por esta razon la condicion afirmativa, física ó moralmente imposible, anula los esponsales (4); pero añadida al matrimonio, se tiene por no escrita, sin embargo que tambien le anula, cuando es contraria á su esencia.

§. 806. B. *Efectos de los esponsales.*

Los esponsales legítimamente contrahidos, producen el efecto de dar á cada una de las partes el derecho de exigir la consumacion del matrimonio, dentro del tiempo convenido, si no se fijó tiempo, dentro del que el juez, apreciando las circuntancias de las partes, designe. Si los esponsales se contrajeron bajo condicion, ha de esperarse al cumplimiento de ésta, sin embargo que el derecho romano no concede accion alguna para obligar á la celebracion del matrimonio (1). Los desposados se deben recíprocamente fidelidad, y bajo algunos aspectos se asemejan á los cónyuges (2).

(1) Fr. 8. D. ibid. Paul. II, 19.

(2) Y recíprocamente: cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest. fr. 60. §. 5. D. XXIII, 2.

(3) Por egemplo, los impúberos. fr. 14. D. XXIII, 1.-fr. 10. §. 1. D. III, 2: quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fieri non nocet.

(4) Muchos autores son de opinion, que debe tenerse como no estrita (*pro non adjecta*).

§. 807. C. *De la disolucion de los esponsales.*

Los esponsales se disuelven: 1.° por la muerte de uno de los contrayentes: 2.° por sobrevenir despues de su celebracion impedimento para el matrimonio: 3.° por el mútuo disenso de las partes, que ordinariamente se llama *repudium voluntarium*: 4.° por el disenso de uno de los contrayentes *repudium necesarium* (3), pero el que disiente sin causa legítima, queda obligado á indemnizar al otro de todos los perjuicios sufridos por el disenso. Es causa legítima del disenso, cuando un esposo falta á la fidelidad prometida, ó se hace generalmente culpable de *turpis*, *vel prodiga*, *vel impudica conversatio*, ó cuando alguno de los esposos varía de secta ó de religion (4). Disueltos los esponsales, las partes pueden repetirse mútuamente, ó de sus herederos las arras que se hayan dado (*arræ sponsalitiæ, munera sponsalitia*); excepto en el caso de que una de las partes disienta sin causa; pues la otra no solo retiene cuanto recibió, sino es que repite lo que dió, ó el doble, cuando nada le dió la otra; si la parte que disiente es menor, no se le aplica esta pena (5).

(1) Fr. 2. §. 2. D. XXIV, 2.-C. 1. C. V, 1.-fr. 134. D. XLV, 1.-C. 2. C. VIII, 39.

(2) C. 5. C. V, 1.-fr. 5. D. XXII, 5.-fr. 15. §. 14. D. XLVII, 10.

(3) Fr. 101. §. 1. D. L, 16.-fr. 38. D. XXIV, 3.

(4) C. 5. C. V, 1.

(5) C. 3, 5. C. V. 1.-C. 15, 16. C. V, 3.

§. 808. III. *Condiciones de la celebracion del matrimonio.* —A. *Impedimentos absolutos.*

Para proceder á la celebracion de un matrimonio, es necesario ante todo capacidad en las personas que han de contraerle; son incapaces absolutamente de contraer matrimonio: 1.° *los que aun no tienen capacidad física*, y el derecho romano exije para este efecto, que el hombre y la muger sean púberos (1): 2.° *los castrados.* Ordinariamente se dice que la impotencia absoluta incapacita para el matrimonio; pero el derecho romano solo declara incapaces á los *castrados (castrati)*; nada habla de los *spadones* (2).

§. 809. B. *Impedimentos relativos.*—1.° *Por causa de parentesco.*

No basta la capacidad de las partes para contraer matrimonio; necesario es ademas, que no haya impedimento legal. Las prohibiciones que en derecho romano impiden el matrimonio entre personas por otra parte capaces, se fundan en primer lugar en el parentesco; el matrimonio es prohibido entre los parientes: 1.° en la línea recta entre los ascendientes, y descendientes sin destincion de grados, ya en el parentesco natural, ya adoptivo, y en este último subsiste el impedimento, aun cuando se acabe la adopcion por la emancipacion (3): en la *línea colateral* el matri-

(1) Pr. J. I, 10.-fr. 24. D. XXIII, 1.-fr. 4. D. XXIII, 2.
(2) Fr. 39. §. 1. D. XXIII, 3.-fr. 6. D. XXVIII, 2. ¿Puede anularse el matrimonio por causa de impotencia ó esterilidad de una ú otra parte. Vide C. 10, C. V. 17. Nov. 22. c. 6.-Nov. 117. C. 12.
(3) §. 1. J. I, 10.-fr. 53, 55. D. XXIII, 2.

monio está prohibido entre los parientes del segundo grado, y entre aquellos que el uno desciende inmediatamente, el otro mediatamente del tronco comun, ó lo que es lo mismo, entre aquellas personas entre quienes existe *respectus parentelæ*, Igualmente se extiende la prohibicion á aquellas personas, que por adopcion, estan colocadas en un grado semejante al del hermano y la hermana, ó del *respectus parentelæ*, pero concluye tan luego como la adopcion que le constituia, ó si ésta se disuelve (1). El matrimonio es permitido entre los hijos de hermanos y hermanas, ó sea entre los primos hermanos. (2).

§. 810. 2. *Por la afinidad.*

La afinidad en un grado muy próximo es tambien un impedimento para el matrimonio (3). El derecho romano al principio solo prohibió el matrimonio con la suegra y la muger de su padre, y recíprocamente con la nuera y la hijastra (4); pero despues se estendió la prohibicion á la viuda de un hermano y la hermana de la viuda. La ley prohibe tambien el matrimonio entre el marido y los hijos que su muger divorciada procreó con otro (5), entre el padre y la que tiene contraido esponsales con su hijo, y entre el hijo

(1) §. 2, 5. J. I, 10.-fr. 17. D. XXIII, 2.
(2) §. 4. J. I, 10.-Theofilo y otros dicen: *non possunt*: sin embargo, el C. 19. C. V, 4, quitan esta prohibicion establecida por Theodosio en la C. 1. C. Th. III, 10 y C. 3. C. Th. III, 12.
(3) Heinneccius, Ad. Legem Juliam et Pap. II, 17.
(4) §. 6, 7. J. I, 10.-fr. 14, §. 4. D. XXIII, 2.-fr. 4. §. 5, 7. D. XXXVIII, 10.-C. 17. C. V, 4.
(5) §. 9. J. I, 10.

y la desposada con su padre (1), entre el padre y la viuda del hijo de su muger, y entre el hijo y la viuda del marido de su madre (2).

§. 811. 3. *Por otras causas.*

Ademas del parentesco y afinidad, el matrimonio se prohibe por otras muchas causas: 1.° el que ha contraido un matrimonio legítimo, no puede en tanto que éste dura contraer un segundo, porque la poligamia es prohibida (3), pero bien puede casarse sucesivamente muchas veces. La muger, sin embargo, no puede pasar á segundas nupcias, hasta despues de transcurrido un año de la disolucion del matrimonio, ya por muerte, ya por divorcio (4): 2.° por la diferencia de religion, no se permite el matrimonio entre el cristiano y el judío: 3.° entre la adúltera y su cómplice, y entre el raptor y la persona robada (5): 4.° entre el tutor ó su hijo, constituido en la patria potestad, y la pupila antes que haya rendido cuentas de la tutela (6): 5.° por causas políticas tambien está prohibido el matrimonio entre el *presses provintiæ* y otros funcionarios de la misma con la

(1) §. 9. J. cit.
(2) Fr. 15. D. XXIII, 2. Los *privigni* pueden casarse, porque no son parientes. §. 8. J. I, 10.-fr. 34. §. 2. D. XXIII, 2.
(3) §. 6, 7. J. I, 10.-fr. 1. D. III, 2.-C. 2. C. V, 5.
(4) A este año se le llama comunmente el año de duelo (*annus luctus*): el motivo de disponerse asi, era el temor de que no se mezclase la sangre (*turbatio sanguinis, seu confusiô sobolis*). C. 8. §. 4; C. 9. C. V, 17.-Nov. 22. c. 16. La contravencion de esta disposicion no hace nulo el matrimonio, pero lleva consigo la nota de infamia, y la imposicion de penas pecuniarias. fr. 1. fr. 11. §. 1. D. III, 2. Nov. 22. c. 22.
(5) C. ún. C. IX, 13.-Nov. 143, 150.
(6) Fr. 59. fr. 62. §. 2. fr. 66. D. XXIII, 2.-Cód. V, 6.

muger domiciliada en ella (1): 6.° los hombres libres no podian antiguamente casarse con las mugeres públicas, ni con las cómicas: 7.°, en fin, el matrimonio era prohibido por la diferencia de estado, entre el senador y sus descendientes hasta tercer grado y la liberta (2). Pero Justino permitió el matrimonio entre el hombre libre y la cómica (3), y Justiniano igualando á los libertos con los ingénuos *jura ingenorum*: autorizó por este hecho el matrimonio entre el senador y la liberta, permitiéndole con posterioridad expresamente (4).

§. 812. C. *Efectos de los impedimentos.*

Segun las disposiciones expresas de Justiniano, las personas que se unian, contraviniendo á los impedimentos de que acabamos de hablar, el matrimonio era nulo, y no producia ni en favor de los esposos, ni en el de los hijos los efectos que la ley atribuye al matrimonio legítimo (5); sin embargo, celebrado el matrimonio con buena fé, y continuando en ella, al menos una de las partes, es decir, ignorando el impedimento, contraen un *matrimonio putativo*, y el que le contrajo de buena fé, adquiere todos los derechos de verdadero esposo, y sus hijos se consideran como legíti-

(1) Fr. 57. pr.; fr. 63. D. XXIII, 2.-Cód. The. III, 11.-Cód. Just. V, 2, 7.
(2) Ulp. XIII, XVI, 2.-fr. 44. D. XXIII, 2.
(3) C. 23. C. V, 4. Esta constitucion se atribuye generalmente á Justiniano; pero su inscripcion es falsa, como probó Heinn. Ad. leg. Jul. et Pap Popp. II, 2. §. 4.
(4) Cod. VII, 5, 6.-Nov. 78. c. 4.-Nov. 117. c. 6.
(5) §. 12. J. I, 10.-Cod. V, 8.

mos (1). Pero el cónyuge de buena fé está obligado, luego que conozca su error, ó á disolver el matrimonio, ó á solicitar la dispensa del impedimento. Si el impedimento era comun á las dos partes, y de aquellos que no pueden dispensarse, el matrimonio es insubsistente, y los hijos procreados en él, se consideran como ilegítimos (2).

§. 813. IV. *Del modo de celebrar el matrimonio.*

Para contraer un matrimonio válido, es necesario la observancia de la forma legal. El derecho romano no exigia para este efecto mas que el consentimiento de ambos contrayentes (3), y el de las personas en cuyo poder estaban (4). Las grandes dignidades del imperio y las personas ilustres, debian, segun una disposicion de Justiniano, hacer un contrato escrito *(dotalia instrumenta)* (5). El consentimiento para el matrimonio, debe prestarse libremente y sin vicio alguno; todas las causas, pues, que afecten á su libertad, v. gr., la demencia, el furor, el temor, el miedo (6), el dolo y el error en la persona por sus cualidades esenciales, vician el matrimonio.

(1) Fr. 57. §. 1. D. XXIII, 2.
(2) C. 4. C. V, 5.
(3) Fr. 2. D. XXIII, 2.-fr. 15. D. XXXV, 1.-fr. 30. D. L, 17.
(4) Fr. 2; 19. D. XXIII, 2. cit. y pr. J. I, 10.-Ulp. V, 2.-Paulo II, 19. §. 2. El hijo emancipado no necesitaba el consentimiento de su padre: fr. 25. D. XXIII, 2. Sin motivo suficiente no se le podia reusar al hijo dicho consentimiento, teniendo el juez en caso contrario la facultad de obligar á ello al padre: fr. 19. D. ibid.
(5) Nov. 74. c. 4.-Nov. 117. c. 4, 6.
(6) Fr. 16. §. 2. D. ibid.-Paul. II, 19, 7.-C. 14. C. V, 4.

CAPITULO II.

EFECTOS DEL MATRIMONIO.



§. 814 y 815. 1.° *Con relacion á las personas de los cónyuges.*

La union de toda la vida y la constitucion de una sociedad indisoluble, constituyen la nocion y esencia del matrimonio; de donde se deriva la relacion personal de los cónyuges entre sí. Todo lo que nace de esta idea comprende los derechos y los deberes de un cónyuge para con otro. Propiamente hablando, estas relaciones de los esposos no constituyen derechos jurídicos y obligatorios, á menos que las leyes dispongan expresamente lo contrario (1).

Entre los derechos y los deberes de los cónyuges, hay unos que son comunes á los dos, y otros que son particulares á uno solo. A los primeros pertenecen el derecho de exigirse recíprocamente fidelidad (2): 2.° el de vivir siempre unidos, y protejerse mútuamente (3): 3.° el deber de sobrellevar cada uno en comun las desgracias que á otro ocurran (4). Entre los derechos y deberes particulares, á cada uno de los cónyuges se cuentan: 1.° el derecho de exigir el

(1) V. gr. Los deberes recíprocos de alimentarse: las consecuencias perjudiciales del adulterio etc.
(2) Nov. 117. c. 8. §. 2; c. 9. §. 5.
(3) Esta es la razon porque los esposos estan recíprocamente obligados á darse alimentos.
(4) V. gr. fr. 16. §. 2. D. XXIII, 2.-fr. 22. §. 7. D. XXIV, 3.

marido de su muger obediencia y respeto en todo cuanto es lícito y honesto (1); y por esta razon la muger está obligada á seguir el domicilio de su marido (2), á no ser que se haya hecho culpable de crímen (3). El marido debe obligar á su muger: 1.° á que se dedique á los trabajos domésticos en proporcion á su estado; tambien debe defenderla en juicio (4): 2.° la muger por su parte puede exigir de su marido proteccion y apoyo (5); pues que toma el nombre, se eleva á la dignidad del marido (6), y conserva estos derechos, mientras no pasa á segundas nupcias (7).

§. 816. II. *Con relacion á los bienes de los esposos.*

Ninguna influencia ejerce el matrimonio entre los bienes de los cónyuges ni estos se hacen comunes, antes bien por el contrario conserva cada uno la propiedad de los que le pertenecen (8), disponiendo de ellos segun su voluntad. Todo cambio en este principio es debido á una disposicion expresa de la ley. Relativamente á los bienes de los cónyuges hablaremos: de la dote (*dos*): de la donacion *por causa del matrimonio (donatio propter nuptia)*; *de los bienes parafernales (parapherna)*, *de los pactos dotales (pacta dota-*

(1) Sin embargo, el marido no tiene derecho de castigar á la muger. C. 8. §. 2. C. V, 17.-Cf. Nov. 117. c. 4.
(2) Fr. 5. D. XXIII, 2.-fr. 65. D. V, 1.-C. 9. C. X, 39.
(3) Arg. C. 22. C. IX, 47.-C. 24. C. V, 16.
(4) C. 21. C. II, 13.
(5) Fr. 2. D. XLVII, 10.
(6) C. 9. C. X, 39.-C. 13. C. XII, 1.-Cf. Nov. 23. c. 36.
(7) Fr. 32. §. 1. D. L, 1.
(8) Sin embargo en caso de duda y mientras lo contrario no se prueba todo lo que se halla en la casa del esposo se considera como suyo ó adquirido por él y para él: fr. 51. D. XXIV, 1. C. 6. C. V, 16.

lia), *y de las donaciones entre el marido y mujer (donatio inter virum et uxorem)*.

§. 817. A. *De la dote.*—1. *Nocion de la dote.*

La dote *(dos rex uxoria)*, es todo aquello que la muger ú otra persona, en su nombre da al marido (1) para ayudar al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Durante el matrimonio el marido guarda y administra los bienes dotales; pero disuelto está obligado á la devolucion, y puede ser compelido al efecto por la accion *dotis* (§. 825): la constitucion de la dote induce la celebracion de un matrimonio legítimo *(dos sine nuptiis esse non potes')* (2).

§. 818. 2. *Del objeto de la dote.*

Cuanto puede aumentar los bienes del marido puede ser objeto de la dote: asi no solamente pueden constituir la dote los bienes corporales de cualquier especie que sean; sino es un derecho real (3) ó su renuncia; *dotis causa* (4). Un crédito contra un tercero, ó la renuncia si fuera contra el marido: *(liberatio mariti dotis causa facta)* (5); finalmente la renuncia de un derecho en favor del mismo; *(dotis causa)* (6). La mujer puede tambien constituir la dote con todo

(1) Si el marido se hallaba todavia bajo la patria potestad la dote se daba al padre de familia: fr. 57. fr. 59. pr. D. XXIII, 3.
(2) §. 12, J, 1, 10. fr. 3, 21, 39. §. 1; fr. 43. pr.; fr. 76 al fin D. XXIII, 3.-fr. 4. §. 2. D. II, 14.-C. 20. C. V. 3.
(3) Fr. 7. §. 2. D. XXIII, 3.
(4) Fr. 57. D. XXIV, 3.
(5) Fr. 12. §. 2; fr. 41. §. 2; fr. 43. pr. D. XXIII, 3.
(6) Fr. 14. §. 3. D. XXIII, 5.

su patrimonio, entendiéndose por él, cuanto posee, deducidas las deudas; pero la dote no constituye nunca una sucesion universal, y por consecuencia el marido no está obligado personalmente á las deudas de su muger (1).

§. 819. 3. *De las especies de dote.*

Todos los que tienen la libre disposicion de sus bienes pueden constituir una dote. Pero en cuanto al derecho de reclamarla disuelto el matrimonio ha de distinguirse entre la dote profecticia, *(dos profectitia)*, y la dote adventicia, *(dos adventitia)*. Dote profecticia es la que se constituye con bienes del padre ó abuelo paterno de la muger, ora la constituya uno de estos, ora otra persona en su nombre (2). Muerta la muger la ley concede á su padre la accion *dotis*, aun cuando no se reservara expresamente este derecho. *dote adventicia* es la que no es profecticia, ya se constituya por la muger de sus bienes particulares, ya por su madre, ya en fin por un tercero (3). En la dote profecticia compete siempre á la muger y á sus herederos, la accion *dotis*, excepto en el caso de haberse reservado la restitucion, el que constituyó la dote que toma el nombre de *dos recepticia* (4).

Por regla general la constitucion de la dote, es un acto voluntario porque á nadie puede obligarse lo ejecute contra su voluntad. El padre y abuelo paterno estan sin em-

(1) Fr. 72. D. XXIII, 3. C. 4. C. V, 12.-fr. 39. D. L, 16.
(2) Fr.5, pr. §. 1.-D. XXIII, 3.-Ulp. VI, 3.
(3) Fr. 5. §. 9, 11, 14. D. XXIII, 3.-Ulp. VI, 3.
(4) Ulp. VI. §. 5, 6.-fr. 33. D. XXIII, 3. fr. 31. §. 2. D. XXXIX, 6. C. ún. §, 13. C. V, 13.

bargo obligados á dotar en proporcion de su fortuna (1) á su hijo ó nieto que carecen de bienes propios (2), y tambien la madre puede ser obligada aunque solo por motivos graves (3). Algunos autores opinan que la muger misma está obligada á constituir su dote cuando tiene bienes propios. *Dos necessaria* se llama hoy la que se constituye por alguna persona obligada á hacerlo, y *dos voluntaria* la que depende de la voluntad del constituyente.

La dote cuando no consiste en una suma de metálico puede luego que se constituye estimarse en cierto precio; *dos œstimata*, en cuyo caso el marido se considera como comprador de los bienes dotales, y como deudor á su muger del precio de la dote, *(dos venditionis caussa aestimata)*; pero despues de la disolucion del matrimonio tiene el derecho de devolver la dote ó el precio (4). La dote puede tam-

(1) Fr. 19. D. XXIII, 2.-fr. 69. §. 4. D. XXIII, 3.-fr. 6. D. XXXII, 6.-C. 7. C. V, 13. La patria potestad no ajerce aqui influencia alguna, asi es que la hija emancipada tiene derecho de exigir una dote de su padre. Arg. fr. 5. §. 11, 12. D. XXIII, 3 y C. 7 cit. El padre adoptivo tambien está obligado á dotar á su hija adoptiva, fr. 5. §. 13. D. ibid. Pero la obligacion de dotar á la hija no pasa á los herederos del padre á menos que en vida no la prometiese ya la dote: fr. 44. pr. D. XXIII, 3-C. 5. C. X, 11. El derecho romano no habla de la obligacion del padre de dotar segunda vez para el mismo matrimonio, cuando la primera dote que la designó pereció por caso fortuito. Pero si le impone la obligacion de dotarla cuando pasa á segundas nupcias si ha recuperado la dote que la dió para su primer matrimonio. Auth. *sed quamvis* C. V, 13.
(2) Ar. fr. 5. D. XXV, 3.
(3) C. 14. C, V, 12.-Cf. C. 19.§. 1. C. l. 5.
(4) Fr. 10. pr. D. XXIII, 3.-fr. 9. §. 3. D. XX, 4. C. 5. C. V, 12.-C. ún. §. 9, 15. C. V, 13.

bien estimarse con solo el objeto de conocer lo que la muger aporta al matrimonio, *dos taxationis causa actimatæ* (1).

§. 820. 4. *Modos de constituir la dote.*

La dote puede constituirse : 1.° por un acto entre vivos. Por derecho antiguo (2) podia serlo ya por *promissio dotis*, es decir, promesa de dote hecha por estipulacion, ya por *dictio dotis*, es decir, hecha por palabras solemnes sin demanda anterior y sin aceptacion necesaria, ya en fin por *datio dotis*, es decir, por la tradicion real del objeto de la dote sin *promissio* ni *dictio* anteriores (3), pero el derecho nuevo no exige ninguna de estas fórmulas, y toda promesa aceptada, aun la simple *pollicitatio dotis* que ha sustituido á la antigua *dictio* es válida y produce su accion (4). Tambien reconoce el derecho nuevo una hipoteca legal sobre todos los bienes del que prometió la dote, y á favor de la persona á quien la prometió (5). La *datio dotis* ha conserservado en derecho nuevo los mismos caracteres que se le atribuian por derecho antiguo. 2.° Por un acto de última voluntad puede constituirse la dote v. g. legando á la muger alguna cosa *dotis nomine* en cuyo caso está obligada á darla en dote á su marido, tambien si se legó como dote inmediatamente á éste, pues que en tal caso la constitucion

(1) Fr. 10. §. 6. fr. 69. §. 7. D. XXIII, 3.-fr. 9. §. 3. D. XX, 4. C. 5. C. V, 23. C. 21. C. V, 12.

(2) Ulp. VI, 1.-C. 3. C. Th. III, 13.

(3) Fr. 41. §. 2. fr. 43. pr.: fr. 48, §. 1. D. XXIII, 3.

(4) C. 3, 4. C, Th. III, 13.-C. 6. C. V, 11. C. 25. C. IV. 29.

(5) C. ún. §. 1. C. V, 13. En cuanto á los intereses que deben pagarse por la dote prometida véase C. 31. §. 2. C, V. 12. Sobre la la *evictio dotis*. C. 1. C. V, 12.

de la dote se funda en el legado mismo (1). Nunca se presume la dote constituida, y el que afirma que una cosa es dotal está obligado á probarlo.

§. 821. 5. *Derechos del marido sobre la dote.*

Durante el matrmonio el marido es siempre propietario de la dote, pero como disuelto aquel la muger tiene derecho á la restitucion, puede decirse tambien que la dote pertenece á los bienes de la muger (2). El marido como dueño de la dote tiene derecho á la administracion de los bienes dotales, á percibir sus frutos, y á consumirlos (3) sin obligacion de dar cuenta ni prestar fianza (4). Tambien adquiere las accesiones (5), todo aquello que se sustituye á la dote (6) y cuanto adquieren los esclavos que forman parte de la misma (7). El marido trasmite la dote á sus herederos (8), reivindica los bienes dotales de cualquiera que los posea aunque sea la misma muger (9), á cuyo efecto le

(1) Fr. 48. §. 1. D. XXIII, 3.- fr. 77. §. 9. D. XXXI.-fr. 71. §. 3. D. XXXV, 1.

(2) Gaj. II 62, 63.-Pr. J, II, 8.-fr. 7. §. 3; fr. 75. D. XXIII, 3. fr. 21. §. 4. D, L. 1.-fr. 3. §. 5. D. IV, 4.-C. 23, 30. C. V, 12.

(3) Fr. 7. pr.; fr. 10. §. 3. D. XXIII, 3. C. 20. C. V. 12.

(4) C. 1, 2. C. V. 20.

(5) Fr. 4. D. XXIII, 3. Le pertenece como la dote misma de que forman parte y con la cual debe restituirlas: fr. 10. §. 1.-3. fr. 69. §. 9. D. XXIII, 3. C. 1. §. 9. C. V. 13.

(6) Sobre la *res dotali pecunia comparatæ*: vide fr. 26, 27, 32, 54. D. XXIII, 3.-fr. 22. §. 13 al fin D. XXIV, 3.-C. 12. C. V, 12. C. 7. C. VII, 8.

(7) Fr. 10. §. 1; fr. 65. D. XXIII. 3.-fr. 58. D. XXIV. 3.-fr. 3. pr. D. XXIII, 5.

(8) Fr. 1. §. 1. D. XXIII, 5.-fr. 62. D. XLI, 1.

(9) C. 11. C. V. 12.-C. 9.-C. III, 32.-fr. 24. D. XXV, 2.

concede la ley tanto la accion *reivindicatoria* como la *publiciana* (1). Finalmente, puede enagenar los bienes muebles dotales aun sin el consentimiento de su muger (2), disponer de ellos en favor de un tercero (3), consumir el metálico, demandar los créditos ó remitirlos sin necesidad que la muger haga cesion de ellos (4). Los inmuebles por el contrario no puede enagenarlos ni hipotecarlos aun cuando la muger lo consienta (5), á menos que no sean estimados *venditiones causa* (6). Si el marido contraviniendo á la ley enagenara un fundo dotal la muger ó sus herederos pueden pedir la nulidad del acto, y la reivindicacion del fundo (7), desde el momento que procede la restitucion de la dote; pero ni el marido ni sus herederos pueden ejercitar este derecho si lo hicieran por su propio interés, y particularmente despues que por la disolucion del matrimonio hayan adquirido la dote (8), pero bien puede hacerlo, ó mas claro exi-

(1) Fr. 3. §. 1. D. VI. 2. Si una cosa agena se ha dado en dote, puede prescribirse á título de dote, *pro dote.* Gajus II, 63.-fr. 67, D. XXIII, 3.-D. XLI, 9.-C. VII, 28.

(2) Pr. J. II, 8.-fr. 42. D. XXIII, 3. Tiene por consiguiente el derecho de manumitir los esclavos dotales. C. 3. C, V. 12.-C. 1. 7. C. VII, 8.

(3) Fr. 13. §. 4. D. XXIII, 5,-fr. 1. §. 10; fr. 7; fr. 13. D. XXXIII, 4. C. 3. C. 5. 12.

(4) C. 2. C. IV, 10.

(5) Gajus II, 63.-Pr. J. II, 8. D. XXIII, 5.-C. V, 23.-C. ún. §. 15. C. V, 13. La prohibicion no se extiende á la enagenacion necesaria. C. 2. C. V, 23.

(6) Fr. 10. §. 6. D. XXIII, 3.-fr. 11. D. XXIII, 5.-C. ún. §. 15. C. V, 13. excepto si la mujer se ha reservado la eleccion de que se le restituya á la disolucion del matrimonio el fundo ó su valor. C. 1. C. V. 23.

(7) C. 30. al fin. C. V. 12.-fr. 13. §. 3. D. XXIII, 5.

(8) Fr. 17. D. XXIII, 5. Arg. fr. 17. D. XXI, 2. fr. 3. D. XXI, 3. C. II, C. VIII, 45.

giéndolo el interés de su muger puede pedir la nulidad de la enagenacion que él hizo del fundo dotal, porque de otro modo no podria restituir la dote (1). Finalmente si la muger es heredera del marido tampoco puede decir de nulidad contra las enagenaciones ilegales de los bienes dotales que aquel hizo, sino es en tanto cuanto la herencia fuere menor que la dote (2).

§. 822. 6. *Deberes del marido en cuanto á la dote.*

Como durante el matrimonio pertenecen al marido todas las utilidades de la dote debe emplear en bien de aquel los frutos de la misma (3); pagar las cargas y cuanto se necesite para la adquisicion de estos.

§. 823. 7. *Restitucion de la dote.—a. Personas que pueden pedirla.*

Disuelto el matrimonio cesan los derechos del marido sobre la dote, y está obligado á restituirla (4). 1.° Si la disolucion fue por muerte de la muger, el padre y el abuelo paterno pueden pedir la restitucion de la *dote profecticia* que constituyeron aun cuando no se hubiera reservado este derecho, y sin consideracion ni á la patria potestad ni á los hijos nacidos del matrimonio (5). Esta regla sin embargo

(1) Arg. C. 16. C. V, 71 y C. 1. C. VI. 60.

(2) Fr. 13. §. 4. D. XXIII, 5.-fr. 77. §. 5.-D. XXXI.

(3) Si el marido no pone el cuidado necesario en la administracion de la dote tiene la mujer derecho á pedir fianzas. fr. 22. §. 8. D. XXIV. 3.

(4) Ulp. VI, §. 4.-7. D. XXIV, 3.-Cod. V. 13.

(5) Fr. 6. pr. D. XXIII, 3.-C. 4. C. V. 18.

sufre la excepcion siguiente. Si al constituir la dote se pactó que el marido la retuviera despues de la muerte de su muger (1). La dote adventicia pasa á los herederos de la muger á menos que el tercero que los constituyó pactara la restitucion á su favor (§. 819) (2).

Si el matrimonio se disuelve viviendo la muger adquiere ésta la dote (3), á menos que la haya consumido ó el que la constituyó lo hiciera á condicion de que se le habia de restituir. Hay algunos casos en que sin disolverse el matrimonio, tiene lugar la restitucion, tal es entre otras cuando el marido viene á indigencia; en otros casos puede tambien á su arbitrio restituir la dote (4).

§. 824. b. *Del objeto de la restitucion.*

Lo primero que debe examinarse para conocer en qué ó cómo debe restituirse la dote, es la naturaleza del objeto en que se constituyó.

Si consiste la dote en una suma ó cantidad de dinero, el marido, disuelto el matrimonio, debe devolver igual suma ó cantidad de la misma calidad, puesto que mientras duró aquel, fue dueño de la dote á su cuenta, cargo y riesgo (5). Si la dote se constituyó en otras cosas, muebles ó inmuebles, ha de distinguirse si éstas fueron estimadas *venditionis causa*. Se presume que la dote fue vendida al marido,

(1) Fr. 12. pr. D. XXIII, 4.-fr. 48. D. XXIV, 3.-fr. 17. D. XXIII, 5. C. 6. C. V, 14.
(2) C. un. §. 6. 13. C. V. 13.
(3) C. un. §. 11. C. V. 13.
(4) Fr. 20. D. XXIV, 3.-fr. 7, 3. §. 1. D. XXIII, 3.
(5) Fr. 41. §. 4. fr. 42. D. XXIII, 3.

á menos que no se haya pactado lo contrario. Estimada la dote *venditionis causa* durante el matrimonio, el marido es dueño de ella, aunque responde del riesgo y peligro que á los bienes ocurran; pero disuelto aquel, opta entre devolver la cosa en especie, ó su valor en numerario (1). Si recibió los bienes dotales sin estimacion, ó al menos no fueron estimados *venditionis causa*, debe devolverlos *in speciæ*; pero en cambio solo responde del dolo y de la culpa, no del caso fortuito, si bien está obligado á cuidar de aquellos como de los suyos propios *(diligentia quam in suis rebus)* (2). Cuando los bienes dotales fueron enagenados válidamente por el marido, debe restituir el valor de éstos (3): tambien restituyendo el principal, debe hacerlo de las accesiones que tuvo durante el matrimonio (4). Respecto de los frutos, la regla general es que el marido tiene derecho á todos los que se produgeron durante el matrimonio; así, pues, si subsistió éste por muchos años, el marido hizo suyos todos los frutos, sin obligacion de restituirlos; pero si subsistió menos de un año, se dividen los frutos entre el marido y la muger, ó sus herederos, proporcionalmente al tiempo que estuvieron casados, y sin consideracion á que ésta ó aquel los percibieran (5). Por otra parte, el marido

(1) Fr. 10. pr. D. ibid.-fr. 9. §. 3. D. XX, 4.-C. 5. C. V, 12.-C. ún. §. 9, 15. C. V, 13.
(2) Fr. 17. pr. D. XXIII, 3.-fr. 18. §. 1. fr. 24. §. 5. fr. 25. §. 1; fr. 66. pr. D. XXIV, 3.
(3) Arg. fr. 54. D. XXIII, 3, y C. 12. C. V, 12.
(4) Fr. 10. §. 1-3. D. XXIII, 3.-C. 1. §. 9. C. V, 13.
(5) Fr. 7. §. 1. D. XXIII, 3.-fr. 5. fr. 6. fr. 7. pr. §. 1, 2, 3, 6, 7, 8. fr. 25. §. 4. fr. 31. §. 4. D. XXIV, 3.-C. ún. §. 9. C. V, 13.

puede exigir el reintegro de los gastos hechos en la administracion de los bienes dotales (1); y con respecto á las impensas necesarias, tiene el derecho de retencion, y el de compensacion antes de restituir la dote *impensæ necesariæ ipso jure dotem minunt*, y despues de la restitucion la *condictio in debiti ó sine causa*; las impensas útiles solo pueden reclamarlas por la accion *mandati ó negotiorum gestorum contrari*; las de comodidad ó lujo puede retirarlas *jus tollendi* (2).

Consistiendo la dote en un derecho real concedido *dotis nomine*, concluye disuelto el matrimonio (3).

Si lo que se dió en dote fue un crédito, el marido, disuelto el matrimonio, debe devolver ó el mismo crédito, ó su valor, caso de no existir.

La remision de lo que adeudaba el marido, hecha en su favor *dotis nomine* (4), se estiende hasta la disolucion del matrimonio; igualmente queda sin efecto la renuncia de un derecho en favor del marido *dotis nomine*; y disuelto el matrimonio, está obligado á restituir á su muger el derecho ó su objeto (5).

§. 825. C. *De la accion en restitucion de la dote.*

El derecho antiguo para determinar la accion que se habia de ejercitar contra el marido y sus herederos en restitucion de la dote, distinguia el caso en que el padre de la muger, ó ésta misma, se habian reservado expresamente la restitucion, del en que nada estipularon. En el primero la ley les concedia la accion *ex stipulatu de dote reddenda*, que era de derecho extricto, y por ella el marido quedaba obligado á la restitucion de cuanto habia recibido, aunque viniera á indigencia: en el segundo caso, por el contrario, la ley le concedia la accion *rei uxoriæ s. dotis*, que era una accion de buena fé, y el marido no podia ser reconvenido mas de lo que sus bienes alcanzaban *in cuantum facere potest*. El tercero que estipuló á su favor la restitucion de la dote, solo podia usar de la accion *ex stipulatu* (1). El derecho Justinianeo redujo estas dos acciones á una sola, y por él, tanto la muger, como sus herederos, ó su padre, no podian pedir la restitucion de la dote por la accion *ex stipulatu*, aun cuando en su constitucion no hubiera intervenido estipulacion alguna de *reddenda dote*. Tambien ordenó Justiniano que esta accion, *stipulatu*, lo mismo que la accion *rex uxoriæ*, se considerarán siempre como acciones de buena fé. De aqui se deduce que por el derecho nuevo, el marido no puede ser condenado en materia de restitucion de dote, sino es hasta donde permitan sus facultades, si bien queda obligado por el resto para cuando llegue á mejor fortuna (2). El tercero que dotó á la muger, carece de medio para pedir la restitucion, á no ser que expresamente se reservára este derecho (3).

---

(1) Ulp. VI, 14, 17. D. XXV, 1.
(2) §. 37. J. IV, 6.-fr. 56. §. 3. D. XXIII, 3.-fr. 5. pr. §. 1, 2: fr. 7. §. 1. fr. 8.-11. pr. D. XXV, I. fr. 7. §. 16. D. XXIV, 3.-C. ún. §. 5. C. V, 13.
(3) Sobre la restitucion de un usufructu constituido en dote, vide: fr. 57. D. XXIV, 3.-fr. 66. fr. 78. §. 2. D. XXIII, 3.
(4) Fr. 12. §. 2; fr. 43. pr. D. XXIII, 3.
(5) Fr. 14. §. 3. D. XXIII, 5.

(1) C. ún. C. V, 13.
(2) C. ún. §. 7. C. V, 13.-§. 37. J. IV, 6.
(3) C. ún. cit. §. 13.

§. 826. d. *Tiempo de la restitucion.*

Por derecho antiguo variaba el tiempo de la restitucion de la dote, segun que ésta podia intentarse por la accion *ex stipulatu*, ó por la accion *rei uxoriæ*: en el primer caso podia repetirse toda la dote inmediatamente, despues de disuelto el matrimonio, aunque ningunos bienes quedáran al marido: en el segundo caso la obligacion de éste se limitaba á devolver en los plazos de uno, dos y tres años *annua, bima trina die*, las cantidades que recibio; y los demas bienes dotales á la disolucion del matrimonio, pero gozando del beneficio de no poder ser reconocido en mas de lo que tenia (1). Despues de las disposiciones de Justiniano, debian restituirse inmediatamente los inmuebles dotales; y respecto de los muebles, entre los que se contaban tambien las cantidades, debia distinguirse, si el marido los puso á rédito ó interés en un tercero, ó si los empleó en sus propios negocios é industria. En el primer caso debian devolverse inmediatamente, dividiéndose los intereses del año en que concluye el matrimonio, á prorata entre el marido y la muger, ó sus herederos. En el segundo, el marido no estaba obligado á la devolucion, hasta despues de pasado el año. Si el marido ó sus herederos no restituian la dote á la época fijada por las leyes, pagaban el 4 por 100 de interés sobre el valor de aquella (2).

(1) Sobre las disposiciones del derecho antiguo: vide Ulp. VI, 8. Fr. Vatic. §. 94.-122.

(2) C. ún. §. 7. C. V, 13.

§. 827. e. *Garantía de la muger para la restitucion de la dote.*

Por derecho antiguo no daba la ley á la muger otra seguridad por el reintegro de su dote que la prohibicion de enagenar los inmuebles; asi pues en el caso de un concurso gozaba solamente de un privilegio personal (*privilegium exigendi*) sobre los acreedores *quirografarios*, á no ser que hubiera conseguido del marido una hipoteca á su favor (1).

Empero Justiniano fue aumentando poco á poco los privilegios dotales, y en 528 (2) ordenó que en el caso de que la muger durante el matrimonio y á causa del estado de desconfianza de su marido intentara la restitucion de la dote, y se apoderára de los bienes que éste convencionalmente le hipotecó, luego que se hallára en posesion de estos bienes, pudiera no solamente oponer una excepcion á los acreedores hipotecarios posteriores, sino es tambien intentar la accion hipotecaria contra los poseedores de los bienes afectos á la dote, en el caso de que el derecho de la muger no fuese anterior y preferente, sin que contra esta accion se excepcionara de no haberse disuelto el matrimonio. Posteriormente mandó el mismo Justiniano por una constitucion dada en 529 (3), 1.° que la muger por medio de una accion real pudiera revindicar como suyos propios *quasi suas propias*, y con preferencia ó prelacion sobre todos

(1) Fr. 17. §. 1. D. XLII, 5.-fr. 74. D. XXIII, 3.-C. ún. C. VII, 74.

(2) C. 29. C. V, 12.-Cf. fr, 24. pr. D. XXIV, 3.-C. 30 al fin. C. V, 12. Nov. 97. c. 6.

(3) C. 30. C. V, 12. Los autores explican esta constitucion de diferentes modos.

los acreedores hipotecarios del marido, todos los bienes dotales existentes á la disolucion del matrimonio, ya fuesen muebles, ya inmuebles, ya estimados, ya inestimados: 2.º que la muger tuviese á su favor y para seguridad de la dote una hipoteca legal sobre los mismos bienes dotales pudiendo reivindicarlos ó por una accion real, ó por la hipotecaria privilegiada sobre la de los demas acreedores: 3.º y último, que el tiempo para prescribir estas acciones se contará desde el dia en que la muger pudo ejecutarlas.

Justiniano para seguridad de la dote en 530 concedió, á la muger, á sus herederos y á su padre, para en el caso que pudiera pedir la restitucion de aquella, una hipoteca legal y general sobre los bienes del marido; pero esta hipoteca ni fue estensiva al tercero que constituyó la dote ni perjudicaba á los acreedores hipotecarios del marido, anteriores y de mejor derecho (1).

Finalmente, el mismo emperador ordenó en 531, que la muger solo por esta hipoteca fuese privilegiada á todos la acreedores prendarios ó hipotecarios de su marido (2).

§. 828. B. *De la donacion por causa del matrimonio.*

En derecho romano hallamos que al lado de la dote se trata de cierta especie de donacion; llamada otras veces *donatio ante nuptias ó ante nuptialis*, y á la cual Justiniano dió el nombre de *donatio propter nuptias ó antipherna* (3). Efectivamente, asi como constituida una dote por la muger,

(1) C. ún. §. 1, 3, 4, 11, 13. C. V, 13.
(2) C. 12. C, VIII, 18.-Cf. Nov. 97 c. 2, 3.-Nov. 109. c. 1.
(3) §. 3. J. II, 7 y Theophilo h. l.-Cód. V. 3 y la const. y Nov. indicadas en las anteriores notas.

el marido en caso de supervivencia, por el mismo contrato matrimonial, tenia derecho á conservarle en todo ó en parte, asi tambien con el objeto de establecer cierta compensacion entre los derechos de ambos cónyuges, el marido estaba obligado á ceder ciertos bienes de que su muger debia utilizarse si sobrevivia, á semejanza que el lo hacia de la dote. Estos bienes podian emanar, del marido, de su padre, ó de un tercero, y se llamaban *donatio propter nuptias* (1). Despues de la disposicion de Justiniano, la cantidad de los bienes que podian ser objeto de esta donacion debia ser igual á la que el marido disfrutase en caso de fallecimiento de la muger; esto es, la dote y donacion *propter nuptias* guardan una misma proporcion (2). La donacion por causa del matrimonio, forma parte de los bienes del marido; él la administra durante el matrimonio, percibe sus frutos que debe aplicar á sostener las cargas del estado conyugal; el marido no puede enagenar, empeñar, ni hipotecar los bienes que forman parte de esta donacion, ni aun consintiéndolo la muger, á no ser que ratifique el consentimiento dos años despues de haberle prestado. La muger tambien tiene para asegurar sus derechos sobre estos bienes una hipoteca legal; pero no privilegiada en los del marido. Asi como la muger cuando viene el marido en indigencia, aun existiendo el matrimonio, tiene derecho á solicitar se le reintegre de su dote, tiene tambien el mismo derecho con respecto á la donacion *propter nuptias*; pero con la diferencia que no puede enagenar los bienes que la constituyen y que está

(1) C. 9. C. V, 14.-C. 19, 20. C. V: 3.
(2) Nov. 22. c. 20.-Nov. 97. c. 1, 2.-Nov. 98. c. 2.

obligada á aplicar sus productos en beneficio del matrimonio (1).

¿A quién pertenece la donacion *propter nuptias* disuelto el matrimonio?

Para contestar á esta pregunta es ecesario distinguir: 1.° si el matrimonio se disuelve por la muerte de la muger ó por el divorcio, el marido retiene la donacion, á no ser que el tercero que la constituyó se reservara el reintegro (2), ó que siendo el marido la causa del divorcio, la pierda por via de pena, y pase á su muger (3): 2.° si por el contrario el matrimonio se disuelve por muerte del marido la muger por el mismo contrato matrimonial, adquiere el usufructo de los bienes que constituyen la donacion, ó el dominio pleno, ó la libre disposicion de los mismos; aquel cuando quedaron hijos á quienes se reserva la propiedad (4), éste sino quedaren (5).

§. 829. C. *De los bienes parafernales.*

Se llaman bienes *parafernales* (*parapherna*) todos los que tiene la muger ademas de los dotales, y en los que conserva un dominio absoluto, pudiendo enagenarlos, ya

(1) Nov. 61. c. 1. Nov. 109. c. 1.
(2) C. 18. C. V, 3.-C. 31. §. 1. C. V, 12. Nov. 22. c. 20: §. 1.
(3) C. 8. 4, 5, 7. C. 11. C. V, 17. Nov. 22. c. 8, 9, 18.-Nov. 53. c. 56.-Nov. 117. c. 9. §. 4, 5. c. 13.
(4) Antes solo se verificaba esto cuando la muger pasaba á segundas nupcias C. ún. al fin. C. V, 10.-Nov. 22, c. 32; 33. Pero por derecho nuevo la propiedad debe devolverse á los hijos inmediatamente despues de la muerte del marido. Nov. 127. c. 3.-Nov. Leon. 20.
(5) C. 29. C. V, 12-C. 9, 10. C. V. 14.-c. 20. C. V. 3.-C. 7, 8. C. V, 9.-Nov. c. 2.-Nov. 22. C. 26.-Nov. 97. c. 1, 2.

sean muebles ó inmuebles, y conceder á su marido sobre ellos los derechos que le parezca (1). La muger puede ó ceder á su marido la propiedad (2) de los bienes parafernales ó conferirle únicamente la administracion (*res in parapherna datæ*); en el primer caso el marido adquiere todos los derechos de un verdadero propietario; en el segundo está obligado como administrador á rendir las cuentas de su encargo (3), y es responsable del daño que á los bienes acaezca por mala intencion ó descuido. De esta responsabilidad en que el marido se constituye, se deducen dos cosas: primera la de cuidar y dirigir estos bienes como si suyos propios fueran (4); y la segunda, la de tener afectos cuantos bienes posee con una hipoteca legal aunque no privilegiada que asegura á la muger la restitucion de los parafernales (5).

§. 830. D. *De los pactos dotales* (6).

Los cónyuges fijan muchas veces de una manera especial por pactos dotales, ó contratos matrimoniales (*pacta dotalia sive nuptialia*) los derechos que tienen en sus bienes (7): estas convenciones ó pactos pueden celebrarse an-

(1) C. 8, 11, C. V. 14.
(2) Fr. 9. §. 2, 3. D. XXIII, 3. Los bienes parafernales no se cambian por esto en dote, porque falta la voluntad de convertirlos en bienes dotales (*animus dotis constituendæ*).
(3) Fr. 95. pr. D. XXXV, 2.
(4) C. 11. C. V. 14,-C. 21. C. 11, 13.
(5) C. 11. C. V. 14.
(6) D. XXIII, 3-C. V. 14.
(7) Algunas veces se distinguen los *pacta nuptialia* que arreglan las relaciones personales de los esposos y de los hijos de los *pacta dotalia*, cuyo objeto es solo los bienes.

tes y despues del matrimonio (1), con tal que en el primer caso llegue á efectuarse éste (2). No es requisito esencial de los pactos dotales, se celebren por escrito (3), ni tampoco el que no conteniendo esencion se insinúen (4). Los pactos dotales para que sean válidos han de ser conformes al fin del matrimonio, á la consideracion del marido, á la dignidad de la muger, y al objeto de la dote, sin disminuir ni ampliar por alguna de sus cláusulas los derechos que los cónyuges tienen en la dote y donacion *propter nuptias*. Sin embargo puede pactarse que el marido en caso de fallecer la muger conserve la dote (5).

§. 831. *De las donaciones entre los cónyuges* (6

Son nulas las donaciones que durante el matrimonio se hacen los cónyuges, á no ser que muera el donante antes de disolverse el matrimonio, y no la revoque (7). El donante, pero no sus herederos, puede revocar en cualquiera tiempo la donacion, y no solamente oponerse al cumplimiento de la promesa sino es repetir lo que ha dado, á cuyo efec-

(1) Fr. 1. pr.; fr. 12. §. 1; fr. 20, pr, D. XXIII, 4.
(2) Fr. 4. §. 2. D. II, 14.-fr. 21, 68. D. XXIII, 3.
(3) C. ún. pr. C. V, 13. Sive scripta fuerit stipulatio, sive non. C. 15. C. V, 12. Solo los grandes dignatarios y personas ilustres estan obligados por derecho Justinianeo á reducir á escritura el contrato de matrimonio. Nov. 117. c. 4, 6.-La legitimacion de los hijos naturales por el subsiguiente matrimonio de sus padres requiere contratos matrimoniales escritos. §. 13. J. I. 10.-C. 6, 7, 10, 11. C. V, 27.-Nov. 89. c. 8.
(4) C. 25. C. V, 16.-Nov. 127. c. 2.
(5) Fr. 12. pr.; fr. 26. §. 2. D. XXIII, 4.-C. 6. C. V, 14.
(6) D. XXIV, 1. C. V, 16.
(7) Fr. 3. §. 10: fr. 32; fr. 33. §. 2. D. XXIV, 1. C. 10, C. V, 16.

to la ley le concede, cuando los bienes que dió existen la accion de reivindicacion, sino existen, la *condictio sine causa*; por tanto cuanto el donante se haya enriquecido desde la contestacion á la demanda (1): si el donante muere antes que el donatario sin haber revocado la donacion, es válida ésta como anteriormente hemos dicho; si por el contrario muere el donatario antes que el donante ipso jure, y sin necesidad de revocacion, la donacion es nula. Si mueren en fin el donante y el donatario á un mismo tiempo, la donacion subsiste porque en la duda se presume murió primero el donante (2). Mas este principio solo se aplica á los casos siguientes: 1.º A las donaciones perfectamente hechas, de modo alguno á la simple promesa porque ésta aun cuando no se revoque, muriendo el promitente, es nula y no produce accion alguna contra sus herederos (3): 2.º A las donaciones entre los esposos no á los otros contratos que celebren entre sí, á menos que tácitamente no contengan alguna donacion (4): 3.º y último á las donaciones que se hacen los cónyuges despues de contraido el matrimonio, no á la de los esposados, ni á las que se celebren entre los que viven en concubinato (5). Por otra parte importa poco para la aplicacion de la doctrina expuesta que la donacion se la hagan inmediatamente los cónyuges ó que la haga la muger en favor de una persona constituida bajo el poder de su marido. (6)

(1) Fr. 5. §. 18; fr. 6; fr. 7. pr.; fr. 31, §. 2; fr. 55 ibid.
(2) C. 6. C. V, 16.-C. 25. C. ibid.-fr. 1. §. últ. D. XLI, 6.-fr 32. §. 14. D. XXIV, 1.-fr. 26. D. XXXIX, 6.-fr. 5. D. XXXIV, 5.
(3) Fr. Vat. §. 276, 294 al fin.-fr. 23. D. XXIV, 1.-fr. 32. §. 2. ibid. *heredem vero eripere*.
(4) Fr. 5. §. 5, 6, 7. fr. 7. §. 5; fr. 52. D. XXIV, 1.
(5) fr. 5. pr.; fr. 27, 94, 65. D. XXIV, 1.-fr. 31. D. XXXIX, 5.
(6) Fr. 3. §. 2.-8. D. XXIX, 1.

Los cónyuges, sin embargo, se hacen algunas donaciones, que son válidas ó irrevocables desde el principio: tales son aquellas en que ni el donante se hace mas rico, ni el donatario mas pobre (1); v. gr., la donacion hecha en beneficio de la familia, ó con el objeto de adquirir alguna dignidad (2): las que son de poco valor (3), ó se constituye para reedificar un edificio (4): las remuneratorias: las que tienen lugar con el objeto de separarse (5); y finalmente, las que se otorgan el príncipe y la princesa (6).

CAPITULO III.

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.



§. 832. 1.° *En general.*

El matrimonio se disuelve: 1.° por la muerte natural y civil de uno de los cónyuges (7): 2.° por un impedimento conocido despues de su celebracion, tal como la desigualdad de condicion (8), ó el próximo parentesco entre los cónyuges (1) 3.° por el divorcio, de que hablaremos con mas extension.

(1) Fr. 5. §. 8.-12, 16; fr. 8, 9. pr. fr. 5; fr. 32. §. 14. D. XXIV, 1. Tal es el caso en que uno de los cónyuges cede en favor del otro una ganancia. fr. 5. §. 13, 15; fr. 31. §. 7. D. ibid.
(2) Fr. 31. §. 10. fr. 40, 42. D. ibid.-Ulp. VII, 1.
(3) Fr. 7. §. 1, 2. fr. 31. §. 8, 9. D. ibid.
(4) Fr. 14. D. ibid.; pero no sucede asi con la donacion hecha para la construccion de una casa nueva: fr. 13. §. 2. ibid.
(5) Fr. 11. §. 11. fr. 12; fr. 60. §. 1. fr. 62. ibid.
(6) C. 26. C. V, 16.
(7) Fr. 1. D. XXIV, 2.
(8) Disputábase ya este punto en tiempo de Ulpiano: Justiniano abolió esta especie de disolucion por la C. 28. C. V, 4.

§. 833. II. *Del divorcio* (2).

Divorcio *(divortium)* se llama la disolucion de un matrimonio legítimo (3), efectuada viviendo los esposos por la voluntad de los dos ó de uno solo. Los romanos consideraban el matrimonio por su naturaleza moral, como la union libre de los dos esposos durante su vida; de aqui la consecuencia necesaria de que el matrimonio podia disolverse, ó por la voluntad de ambos, ó por la de uno solo; es decir, siempre que no se sintiera con la voluntad bastante á vivir unido. Si el matrimonio se disolvia por el mútuo disenso de ambos cónyuges, éstos podian separarse voluntariamente *divortium facere, bona gratia discedere* (4). La renuncia de uno, bien fuese el marido, bien la muger, tambien era admisible, y á esto se llamaba *repudium mitere.* Antiguamente podia repudiar un cónyuge al otro, sin necesidad de alegar razon alguna que justificára el hecho, porque cada uno era libre por la ley de rescindir el contrato, si bien es cierto que nunca la pureza de las costumbres hizo mas raras las repudiaciones que en este tiempo; bajo el imperio de Teodosio y Valentiniano, se fijaron causas ciertas de repudiacion *causa repudii*, y lo que antes podia hacerse libremente, ya no

(1) V. gr.; cuando el suegro adopta al yerno antes de haber emancipado á su hija; §. 2. J. I, 10.-fr. 67. §. 3. D. XXIII, 2.
(2) D. XXIV, 2.-Cod. V, 17.-Nov. 22. C. 4.-19.-Nov. 117. c. 8.-14.-Nov. 123. C. 40. Nov. 127. C. 4.-Nov. 134. C. 11.
(3) Por esto se distingue el divorcio de la declaracion de nulidad de un matrimonio inválido.
(4) Fr. 2, 6, 9. D. XXIV, 2.-Cic. ad. div. VIII, 7.

era admitido, sino es por causa legítima; y si alguno de los cónyuges, careciendo de ésta, intentaba la disolucion del matrimonio, sufria ciertas penas pecuniarias, que se imponian tambien á aquel que por su mala conducta daba lugar al divorcio.

Justiniano no solo confirmó estos principios, sino es que los fijó en muchos puntos (1): por lo demas, el divorcio entre los romanos, era un acto privado, en el que no habia necesidad intervininiera la accion del magistrado.

§. 834. III. *Efectos de la disolucion del matrimonio.*—A. *En cuanto á la persona de los cónyuges.*

La disolucion del matrimonio, ya sea producida por la muerte de uno de los cónyuges, ya por el divorcio, destruye tadas las acciones personales, que aquel habia producido. Cada uno de ellos queda en libertad de contratar uno nuevo, excepto la viuda y la muger divorciada, que no pueden pasar á segundas nupcias, hasta pasado un año de la disolucion; tambien la viuda, mientras permanece en este estado, conserva el nombre, el rango y estado de su marido (2). Si el matrimonio se disuelve por un divorcio, y el cónyuge inocente queda en indigencia, la ley le concede el derecho de exigir que el culpable le preste alimentos, con arreglo á su posibilidad; tambien el cónyuge que dió causa al divorcio, y que como pena debe al otro todos sus bienes, tiene el derecho de demandar de éste los alimentos necesarios para su subsistencia.

(1) C. 8. C. V, 17.-C. 10, 11. C. ibid.
(2) Fr. 22. §. 1. D. L, 1.-Nov. 22. c. 36.

§. 835. B. *En cuanto á los bienes de los cónyuges.*

Por derecho antiguo, los efectos principales que producia la disolucion del matrimonio, respecto de los bienes de los cónyuges, era la obligacion en el marido de restituir la dote, caso que ésta no le perteneciera á la defuncion de su muger, y la conclusion de los derechos que tenia sobre los bienes parafernales. Mas el derecho nuevo amplió estos efectos; y segun él, disuelto el matrimonio por causa de divorcio, cualquiera que fuese el cónyuge que á él diera lugar, quedaba nula toda disposicion testamentaria, hecha durante el matrimonio por un cónyuge en favor del otro (1): cesaba el derecho de sucederse legal y recíprocamente, y perdian su fuerza los contratos matrimoniales que habian celebrado entre sí; á no ser que contuvieran cláusulas, por las que se hubiera previsto el caso del divorcio, en el cual conservan éstas todos sus efectos (2). Si por el contrario uno de los cónyuges solamente por su culpa, dio lugar al divorcio, ya por adulterio, ya por cualquier otro delito, la muger culpable pierde la dote en favor de su marido, y éste la donacion por causa de matrimonio en favor de aquella; mas si no hay dote ni donacion, segun el derecho antiguo, el cónyuge inocente debia recibir la cuarta parte de los bienes del culpable, siempre que esta cuarta parte no escediera de cien libras de oro (3); cuyas disposiciones reformó

(1) Fr. 49. §. 6. D. XXXII.-fr. ún. D. XXXVIII, 11.-Nov. 117 c. 5.-*usque ad mortem.*

(2) Nov. 134. c. 10 al fin: *Ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur.*

(3) C. 8. §. 4; 5, 7; C. 11. C. V. 17.-Nov. 22. c. 18.-Nov. 53. c. 6.-Nov. 74. c. 5. Estas penas se aplicaban por derecho romano, asi en el caso en que uno de los cónyuges daba por su mala conducta motivos para el divorcio, como en el de la separacion voluntaria de un cónyuge.

Justiniano, estableciendo que en el caso de no haber dote ni donacion *propter nuptias*, el marido no tuviera derecho á la cuarta parte de los bienes de la muger, aun cuando fuera culpable; y que ésta, por el contrario, en el caso de que aquel se separára injustamente, percibiera una porcion viril, si tenia mas de tres hijos, bien fuesen de matrimonio anterior, bien del disuelto; y no teniéndolos, la cuarta parte de los bienes de su marido (1). Cuando la disolucion del matrimonio es producida por adulterio, la ley, ademas del castigo del esposo adúltero, establece otras penas que se refieren á los bienes. Asi el marido adúltero pierde en favor de su muger, no solamente la donacion *propter nuptias*, ó faltando ésta la porcion de bienes que determina la ley, sino es todos los que posee, los cuales se transmiten á sus descendientes, faltando éstos á sus ascendientes hasta tercer grado, y en defecto de éstos al fisco (*b*). La muger adúltera es recluida en una casa de correccion; pierde su dote en favor del marido, y ademas la tercera parte del valor de ésta, que se ha de entregar al marido, dividiéndose el resto de los bienes de aquella entre sus descendientes y ascendientes; y el convento ó casa de reclusion; si no tuviera ascendientes ni descendientes pasan todos los bienes á ésta, deduciendo la tercera parte de la dote que se aplica al marido (2) (*c*). Finalmente, si el marido acusó calumniosamente á su muger de adúltera, ésta queda facultada para pedir la separacion, y no habiendo hijos del matrimonio, ademas de la dote y donacion *propter nuptias*, tiene derecho á reclamar de los bienes de su marido la tercera parte del importe de

(1) Nov. 117, c. 5, al fin.
(2) Nov. 117. c. 8. §. 2; c. 9. §. 5. c. 13.-Nov. 134. c. 10.

la donacion, si hubiera hijos pasan á estos todos los bienes de su padre (1). Las penas de que acabamos de hablar, no tienen aplicacion alguna, cuando ambos cónyuges fueron culpables del divorcio (2). Generalmente se llama *lucra nuptialia* todo aquello que uno de los cónyuges adquiere de los bienes del otro, ya antes, ya despues de la celebracion del matrimonio, ya durante éste, ya en fin, á su disolucion por muerte ó divorcio, y ora provengan estos bienes de la liberalidad del otro cónyuge, ora del contrato matrimonial, ora de una disposicion de la ley contra la voluntad de su consorte. Tambien la dote, la donacion *propter nuptias*, y cuanto los cónyuges mútuamente adquieren por la muerte ó divorcio, *lucra ex divortio* (3). Los derechos de los esposos á los *lucra nuptialia* disuelto el matrimonio, se determinan por la existencia ó no existencia de los hijos. Si no existen hijos el cónyuge que recibe los *lucra nuptialia* adquiere el pleno dominio y la libre disposicion de los bienes que le constituyen (4). Si por el contrario existen hijos debe distinguirse entre la legislacion anterior á la novela 99, y la posterior. 1.° Por aquella cada cónyuge aun en el caso de tener hijos del mismo matrimonio adquiria el dominio pleno, y la libre disposicion de todos los *lucra nuptialia*. Solo en el caso de contraer un segundo matrimonio, perdia la propiedad de estos bienes en beneficio de los hijos del primero, conser-

(1) Nov. 117. c. 9. §. 4.
(2) Fr. 39, 47. D. XXIV, 3.
(3) C. 3. pr. C. V, 9.-C. 11. §. 1. C. V, 17. Nov. 22. C. 22. c. 23. pr.-Nov. 98. c. 2.-Nov. 117. c. 13.
(4) C. 3. §. 1. al fin. C. V, 9.-C. 11. §. 1. C. 17. Nov. 22. c. 22. pr. c. 23. pr.-Nov. 98. c. 2.-Nov. 117. c. 13.

vando únicamente el usufructo durante su vida (1), y cuya propiedad estaba garantida con una hipoteca legal en favor de aquellos sobre todos los bienes del padre (2). 2.° Justiniano por la novela 98, capítulo primero dispuso que la propiedad de la dote y de la donacion *propter nuptias* que el cónyuge sobreviviente adquiria por la muerte del otro, perteneciera inmediatamente á los hijos despues de disuelto el matrimonio, y sin consideracion á que aquel contrajera ó no segundas nuptias, conservando únicamente el usufructo por los dias de su vida, y estableciendo una hipoteca legal para asegurar la propiedad de los hijos (3). Los mismos principios se aplican á los bienes que en el caso de divorcio adquiria el cónyuge inocente del culpable (4), y la Novela 117, c. 5.° los hizo tambien extensivos á la porcion que la viuda pobre, tenia derecho á pedir de los bienes de su marido rico (5).

(1) C. 3. pr. C. 5; C. 6. §. 1. C. 8. §. 1.; C. 9. §. 1. C. V. 9.-C. 8. §. 7.; C. 11. C. V. 17.-Nov. 22. C. 23, 26, 30, 34.

(2) C. 6. §. 2. C. 8. §. 4, 5. C. V. 9.-Nov. 22. c. 24,

(3) Nov. 98. c. 1.

(4) La legislacion de los *lucra ex divortio* ha sufrido frecuentes cambios: segun la disposicion de Theodosio y Valentiniano en la C. 8. §. 7. C. V, 17, pertenecen en propiedad á los hijos tan luego como se disuelve el matrimonio y el cónyuge que sobrevivia conservaba el usufructo. Segun Justiniano en la const. 9. §. 1. C. V, 9 y const. 11. §. 1. C. V, 17, los hijos no adquirian la propiedad sino cuando el cónyuge superviviente contraia segundas nupcias lo mismo que sucedia con los *lucra ex morte*. Nov. 22. c. 30. Pero segun las Nov. 98. c. 2 dichos bienes pertenecen en propiedad á los hijos á la disolucion del matrimonio, vide Nov. 117. c. 8. pr. c. 9. pr. c. 10.

(5) Segun una disposicion posterior de la Nov. 127. c. 3 el cónyuge conserva en plena propiedad al menos una porcion viril de la dote ó donacion *propter nuptias* á la disolucion del matrimonio por muerte ó divorcio y la conserva hasta que contrae nuevo matrimonio: esta disposicion se aplica tambien á la viuda indigente.

§. 836. IV. *Penas de segundas nupcias.*

El cónyuge que despues de la disolucion del primer matrimonio contrae un segundo incurre por este hecho en ciertas penas respecto á sus bienes.

De estas penas hay algunas que son aplicables *ipso jure* y aunque se las llama *pœnæ secundarum nuptiarum*, mas que verdaderas penas son disposiciones legales restrictivas de la propiedad, y cuyo objeto es protejer los hijos del primer matrimonio, harto perjudicados en beneficio de los del segundo: asi pues, faltando aquellos no tienen lugar las enunciadas penas (1). Sin embargo de lo expuesto es necesario establecer la division siguiente: (*a*), algunas de estas penas legales afectan tanto al padre como á la madre que contraen segundo matrimonio. De aqui es 1.° que el cónyuge que pasa á segundas nupcias pierde en favor de los hijos del primer matrimonio, la propiedad de los *lucra nuptialia*, que sus hijos no adquirian hasta este caso (2), conservando solamente el usufructo por los dias de su vida y quedando todos sus bienes grabados en una hipoteca legal que asegura el derecho de propiedad de los hijos (3). 2.° El cónyuge que contrae segundas nupcias, no puede donar á su muger ni entre vivos ni por causa de muerte mayor suma que la que percibiria su hijo ó nieto á no ser justamente

(1) C. 3. §. 1 al fin. C. V, 9.
c. 22. pr. c, 23. pr.-Nov. 98. c. 2.-Nov. 117. c. 13.

(2) C. 3. pr. C. V, 9.-Nov. 22. c. 23-26.-Pero los *lucra nuptialia* del segundo matrimonio que pertenecen al esposo que ha contraido dos matrimonios *conjux binobus* pertenecen á los hijos que de él han nacido.-C. 4. C. V, 9.-Nov. 22. c. 29, 30.

(3) C. 6. §. 2. C. 8. §. 4, 5. C. V. 9.-C. 6. §. 4. C. VI, 61.-Nov. 22. c. 24.

desheredados: obrando en contrario á esta disposicion la ley lo considera como no escrito (*pro non scripto*) y lo que donó demas se reparte por iguales partes, entre los hijos del primer matrimonio: 3.° el padre ó la madre que se casan segunda vez teniendo hijos del primer matrimonio (1), pueden durante el segundo aumentar la dote y donacion *propter nuptias*, constituidas para éste, pero no disminuirlas porque la ley quiere impedir con esta prohibicion que bajo pretesto de disminuir la dote y donacion haga donaciones simuladas y se eluda de la prohibicion legal (2): 4.° contrayendo segundo matrimonio el cónyuge que cumplida la condicion ó llegado el dia debe restituir á sus hijos legados ó fideicomisos, queda obligado á prestar caucion (3): (*b*) otras penas hay que solo afectan á la madre. Asi 1.° cuando una madre que ha pasado ya á segundas nupcias, ó que va á contraerlas concurre á la herencia de su hijo de primer matrimonio con los hermanos y hermanas de aquel, solo recibe el usufructo de los bienes hereditarios que provienen del padre reservando la propiedad á los demas hermanos (4). 2.° Contrayendo la madre segundo matrimonio, no puede revocar por las causas ordinarias la donacion que hizo al hijo del primero, pues la ley solo le concede este derecho, cuando el hijo atenta contra su vida, cuando la injuria de hecho, y cuando obra de modo que ponga en riesgo todos los bienes de su madre (5). 3.° La muger que pasa á segun

(1) C. 6. pr.; C. 9. C. V. 9.-Nov. 2. c. 4.-Nov. 22. c. 27, 28, 48.
(2) C. 19. C. V, 3.-Nov. 22. c. 31.
(3) C. 6. pr. §. 1. C. VI, 49.-Nov, 22. c. 41.
(4) Nov. 2. c. 4.-Nov. 22. c. 46, 47.
(5) C. 1.-4. c. Th. VII, 13. c. 7. et Auth. *Quod mater* C. VIII, 56. Nov. 22. c. 35.

das nupcias, no puede exigir se la confie exclusivamente la educacion de los hijos de primer matrimonio: 4.° y último: la muger que en calidad de madre ó abuela tiene la tutela de sus hijos ó nietos la pierde por el hecho de pasar á segundas nupcias (1). Otras penas hay que afectando tambien á los bienes pueden tener su origen en una disposicion particular de alguno de los cónyuges: v. gr., si muerto el marido legó ó donó á su muger cierta cosa bajo la condicion de que no pasara á segundas nupcias caduca si ésta se casa segunda vez, tenga ó no hijos del primer matrimonio (2). Sin embargo, la donacion ó el legado que un cónyuge deja al otro bajo la condicion expuesta puede exigir su importe al que sobrevive transcurriendo un año de la defuncion y obligándose con juramento á la devolucion, é hipotecando sus propios bienes para el caso de contraer segundo matrimonio (3).

§. 837 y 838. V. *Penas del cónyuge que viola el año de duelo.*

Cuando se disuelve el matrimonio por muerte del marido ó por divorcio no puede la muger pasar á segundas nupcias al menos hasta pasado un año (4): quebrantando esta prohibicion sufre ademas de las penas de que hemos tratado en el párrafo precedente otras nuevas cuales son (5):

(1) Nov. 22, c. 40.-Nov. 94. c. 2.
(2) C. VI, 40,-Nov. 22. c. 43, 44.
(3) Nov. 22. c. 44.
(4) C. 8. §. 4. al fin. C. 9. C. V. 17.-Nov. 22. c. 16. pr.
(5) Fr. 1. D. III, 2.-C. 1, 2. C. V. 9.-C. 4. C. VI, 56.-Nov. 22. c. 22.

1.° incurre en la nota de infame: 2.° pierde todos los *lucra nuptialia*, del primer matrimonio que se transfieren á los descendientes, ascendientes, hermanos y hermanas del anterior marido y en defecto de ellos al fisco: 3.° no puede dotar á su segundo marido ni disponer en su favor ni en vida, ni por causa de muerte, de mayor suma que el tercio de sus bienes: 4.° tampoco puede adquirir nada por última voluntad y cuantos legados y sucesiones la dejaron, quedan nulos y ceden en provecho de los demas herederos, testamentarios ó abintestatos del difunto. 5.° El derecho de suceder á sus parientes intestados se limita hasta los del tercer grado. De todas estas penas puede ciertamente la muger ser indultada por un rescripto del príncipe; pero para obtenerle es necesario dé inmediatamente á sus hijos del primer matrimonio la mitad de sus bienes sin conservar el usufructo, ni recuperar cosa alguna en caso de morir intestado uno de estos hijos, mientras existan otros hijos ó descendientes del primer matrimonio (1).

(1) La muger sufre todas estas penas si contrae segundas nupcias aun cuando sea despues de transcurrido el año de duelo, y tambien si se entrega á una vida deshonesta. Nov. 39, c. 1. Justiniano dispuso por medio de la Nov. 22, c. 40, que se aplicasen tambien dichas penas á la madre que teniendo la tutela de sus hijos legítimos ó ilegítimos contrae nuevo matrimonio sin haber hecho que se les nombre antes un tutor á quien debiera rendir cuentas y restituir los bienes de los menores.

SECCION II.

DE LA PATRIA POTESTAD.



CAPITULO PRIMERO.

RELACIONES GENERALES ENTRE PADRES E HIJOS.

§. 839 y 840. I. *De la paternidad y de la filiacion legítima.*

Hijo *legítimo* es aquel que ha sido procreado en legítimo matrimonio. Se presume hijo legítimo 1.° el nacido á los 182 dias de la celebracion del matrimonio (1): 2.° el nacido antes del décimo mes de la disolucion del matrimonio (2); en uno y otro caso, segun la regla *pater id est quem nuptiæ demonstrant* (3), el marido es considerado como padre del hijo hasta que prueba la absoluta imposibilidad (4). En los demas casos incumbe á la muger convencer de la paternidad del hijo (5) si el marido se opone á que le tenga por

(1) Fr. 3. §. 12. D. XXXVIII, 16.-fr. 12. D. I, 5.-fr. 6. D. I, 6.
(2) Fr. 3. §. 11. D. XXXVIII, 16. cf. fr. 29. pr. D. XXVIII, 2.-C. IV, CVI, 29.
(3) Fr. 5. D. II, 4.
(4) Fr. 6. D. 1. 6.
(5) Sin embargo si el hombre que tiene hijos de una muger, con la cual podria contraer legítimo matrimonio los reconoce ya por medio de un acto público ya por un documento privado escrito todo de su puño y letra y firmado por tres testigos, ya en testamento ó en juicio sin añadir mas que son hijos naturales, les da la cualidad y derechos de hijos legítimos. Nov. 117. c. 2. *Auth. si quis* c. 5, 27.

por padre (1), y la accion que aquella ejercita contra éste para que reconozca á su hijo se llama, *actio de partu agnocendo* (2). Sin embargo, para evitar la sustitucion del parto, la muger que en el momento del divorcio se siente en cinta está obligada por la disposicion del *Sctum. Plancianum* promulgado bajo el imperio de Vespasiano á poner en conocimiento de la autoridad su estado dentro de treinta dias (3). Posteriormente el edicto del Pretor amplió esta disposicion de la ley á el caso en que el matrimonio se hubiera disuelto por la muerte del marido, y por él la muger debia anunciar su embarazo á las personas interesadas (4), bajo la pena de perder el derecho de intentar la accion de *partu agnocendo* sin perjuicio de que el hijo hiciera valer en todo tiempo sus derechos (5).

Careciendo los hijos legítimos de bienes propios, pueden exigir de los padres los alimentos, y la educacion proporcionada á su clase (6). Esta obligacion gravita, en primer lugar, sobre los padres del hijo, y á falta ó imposibilidad de éstos sobre los abuelos (7): es, ademas, recíproca esta obli-

(1) C. 11, C. V, 27.-Nov. 89. c. 8. §. 1.
(2) Esta accion fue introducida por el senado-consulto *Plancianum* y solo se aplicaba al caso que en él se hallaba previsto: fr. 1. D. XXV, 3; pero por un senado-consulto posterior dado por Adriano se extendió al caso en que el hijo hubiese nacido durante el matrimonio, fr. 3. §. 1. D. ibid.
(3) D. XXV, 3.
(4) Fr. 1. §. 10 y sig. D. XXV, 4.
(5) Fr. 1. §. 6, 8, 15. D. XXV, 3.-fr. 1. §. 15. D. XXV, 4.
(6) Fr. 5. §. 6, 7. D. XXV. 3.-Cf. fr. 5. §. 8, 11. D. ibid. En cuanto á lo que debe entenderse por alimentos, vide: fr. 234. §. 2. D. L, 16.-fr. 6. §. 5. D. XXXVII, 10.-fr. 1.-§. 19. D. XXXVII, 9.-C. 9. C. VIII, 47. Nov. 117. c. 7.
(7) Fr. 5. §. 2: fr. 8. D. XXV, 3.

gacion, pues asi como los padres y abuelos deben alimentar á los hijos, asi estos tienen igual deber para con aquellos cuando son pobres (1): la misma regla de reciprocidad sigue la sucesion de padres é hijos legítimos.

§. 841. II. *De la paternidad y de la filiacion ilegítimas.*

El derecho romano considera á los hijos ilegítimos como si no tuviesen padre *quasi sine patre filii* (2). De aqui se deduce que la obligacion de alimentar á los hijos ilegítimos, era exclusiva de la madre, y que á éstos no se les daba accion alguna, para que demandáran de alguno les reconociera como su padre, y los alimentára (3).

§. 842 y 843 III. *Derechos recíprocos entre los padres y los hijos.*

A. Los padres contraen la obligacion de educar y alimentar sus hijos, y por consecuencia tienen el derecho de exigir todos los medios necesarios al cumplimiento de este deber. De aqui se sigue: 1.° que los padres deben cuidar de la educacion física y moral de sus hijos, y de dirigir la vida de éstos hasta cierta edad. Si el matrimonio se disuelve por divorcio, corresponde al juez designar cuál de los dos cón-

(1) Fr. 5. §. 1. D. ibid.
(2) Ulpiano IV, 2.-Gajus I, 64.-§. 12. J. I, 10.-§. 4. J. III, 5 -fr. 23.-D. I, 5.
(3) Fr. 5. §. 4: fr. 7. D. XXV, 3. Solo Justiniano dió á los hijos naturales (*liberis naturalibus*) el derecho de pedir á su padre. Nov. 89. c. 12, 13. Los incestuosos no podian ni aun pedir alimentos á su madre. Auth ex complexu c. V, 5. Nov. 74, c. 6.-Nov. 89. c. 15.

yuges ha de cuidar de la educacion (1). La madre que pasa á segundas nupcias, pierde el derecho á que se le confie esta educacion (2). Corresponden al padre todos los gastos é impensas necesarias para la educacion de sus hijos, sea ó no culpable de la disolucion del matrimonio, esceptuándose solo el caso de que él sea pobre y su muger rica (3): 2.° tambien se deduce que el padre y la madre tienen el derecho de castigar á sus hijos, ó de entregarlos á la autoridad, cuando cometen algun hecho criminal (4).

B. Los hijos por su parte deben obediencia y respeto á sus padres (5). De aqui se deduce que los hijos no pueden intentar contra sus padres accion alguna de infamia *actiones famatæ* (6), que no pueden ser obligados á testificar contra ellos (7); y finalmente, que tampoco pueden exigir los créditos que tengan contra sus padres, sino es en aquella parte, que no afecta la subsistencia de los mismos *in cuantum facere possunt* (8).

(1) C. 1. C. V, 24.
(2) Auth. si pater. C. ibid.-Cf. Nov. 94. c. 2.
(3) Cód. V, 25.-Nov. 117. c. 7.
(4) C. 3. C. VIII, 47.-C. ún. C. IX, 15.
(5) Fr. 1. §. 2.-fr. 9, 10. D, XXXVII, 15.-fr. 4. D. XXVII, 10.-C. 4. C. VIII, 47.
(6) Fr. 5. §. 1. D. XXXVII, 15.-fr. 11. §. 1. D. IV, 3.-C. 5. C. II, 21.
(7) Fr. 4, 5. D. XXII, 5.
(8) §. 38. J. IV, 6.-fr. 7. §. 1. D. XXXVII, 15.-fr. 16. D. XLII, 1.

CAPITULO II.

DE LA PATRIA POTESTAD POR DERECHO ROMANO (1).

§. 844. *Nocion de la patria potestad.*

La patria potestad *(patria potestas)* es la reunion de los derechos particulares que concede el derecho civil al padre de familia sobre los hijos que estan en su poder. Como es esencialmente de derecho civil, solo se concede la patria potestad á los *ciudadanos romanos* (2), varones (3), y padres de familia *patres familiæ*. De aqui es: 1.° que el padre aunque sea ciudadano romano, por esta sola circunstancia no ejerce la patria potestad, porque si él es hijo de familia, tambien sus hijos estan bajo la dependencia de aquella persona, de quien el padre depende (4): 2.° que la patria potestad se extiende no solamente á los hijos y á las hijas, sino es tambien á los nietos y á las nietas, siempre que procedan de hijo varon; pues si nace de hija, estan ó bajo la patria potestad de su padre, ó bajo la de aquel de quien este último depende (5). El poder paterno se extiende tambien á los póstumos *(postumi)*, que hubieran estado sometidos á ella, si hubieran nacido viviendo su padre (6).

(1) Gaj. 1, 55 seq.
(2) §. 2. J. I, 9.
(3) §. 10. J. I, 11.
(4) Fr. 21. D. XLVIII, 5
(5) §. 3. J. I, 9.
(6) §. 1. J. II, 13.-§. 4. J. I, 13.-§. 2. J. III, 1.-fr. 2. pr. D. XXVIII, 6.-fr. 3. §. 2. D. XXVIII, 3.

§. 845. *Como se adquiere la patria potestad.*

Por derecho romano se adquiere la patria potestad: 1.° naturalmente por la procreacion de los hijos en *legítimo matrimonio*: 2.° civilmente por la *adopcion* y por la *legitimacion*.

§. 846. 1.° *De la adquisicion de la patria potestad por legítimo matrimonio.*

La patria potestad se adquiere por la procreacion de uno ó mas hijos en legítimo matrimonio (1); pero es necesario que el padre sea *sui juris* en el momento de la concepcion (2), porque si fuese hijo de familia, no tendrá patria potestad sobre los hijos, aunque sean concebidos en legítimo matrimonio, antes bien éstos dependerán de la persona, en cuyo poder se halla constituido el padre (3): sin embargo, á la muerte de aquel, adquiere el último *ipso jure* el derecho de patria potestad (4).

§. 847. *De la adquisicion de la patria potestad por adopcion. —A. Nocion y especies.*

La adopcion es un acto solemne, por el cual se concede la cualidad y los derechos de hijo ó de nieto á una persona que, ó no habia estado hasta entonces bajo la patria potes-

(1) Gaj. I, 55. seq.
(2) §. 9. J. I, 12.-fr. 4. J. I, 13.
(3) Fr. 21. D. XLVIII, 5.-§. 3, 7, 1, 9.-fr. 4, 5. D. I, 6.
(4) Pr. J. I, 12.-fr. 5. D. I, 6.

tad del que le adopta, ó habia dejado de estarlo (1). La adopcion es de dos especies: la *arrogacion (arrogatio)* cuando se adopta á un hombre *sui juris*; y la adopcion propiamente dicha *(datio in adoptionem)*, cuando un padre que tiene bajo su potestad á un hijo, le hace pasar bajo la de otro (2).

§. 848. B. *Principios generales.*

Las dos especies de adopcion se fundan en los principios siguientes:

1.° Capacidad de la persona que quiere adoptar. La adopcion imita á la naturaleza (*adoptio imitatur natura*) y de aqui es: (a) que no pueden adoptar los castrados, aunque si los espadones (*spadones*) (3); (b) que el adoptante ha de ser al menos diez y ocho años mayor que el adoptado (4); (c) que no puede adoptarse por cierto tiempo (5); sin embargo, puede emanciparse al adoptado, en cuyo caso el que le emancipa no puede adoptarle segunda vez (6); se exceptua de esta prohibicion al padre, quien puede adoptar á su hijo emancipado (7).

(1) J. I, 11.-D. I, 7.-C. VIII, 48.-Gaj. I, 97.-107.
(2) Fr. 1. D. I, 7.-fr. 132. pr. D. XLV, 1.-En la adopcion por testamento (*adop. per testamentum*) que no es otra cosa que la institucion de un heredero, bajo la condicion de llevar el nombre del testador, vide: fr. 58. §. 1. D. XXVIII, 5.-fr. 63. §. 10. D. XXXVI, 1.
(3) §. 9. D. J. I, 11. et Theophile *ad h.* §.-fr. 2. §. 1. fr. 40. §. 2. D. I, 7. fr. 6. D. XXXVIII. 2.-Gaj. I. 103.
(4) §. 4. J. ibid.-fr. 40. §. 1. D. 7. Antiguamente no se estaba de acuerdo si el adoptante debia ser mas anciano. Gaj. I, 106.
(5) Fr. 34. D. ibid.
(6) Fr. 37. §. 1. D. ibid.
(7) Fr. 12. D. ibid.

2.° La adopcion es un medio subsidario de adquirir la patria potestad; de este principio se deduce; (a) que las mugeres son incapaces de adoptar, porque no tienen patria potestad sobre sus hijos; sin embargo, el príncipe puede dispensarlas de esta prohibicion, siempre que el objeto de la adopcion sea para consolarse de la pérdida de un hijo y sin que por ella adquiera el derecho de patria potestad (1): (b) una persona no puede ser adoptada como hermano (2); (c) el que tiene en su poder uno ó muchos hijos, no puede adoptar á otro á menos que por este hecho no cause perjuicio conocido á aquellos (3).

3.° La adopcion no puede perjudicar al adoptado. El tutor ó curador no pueden, pues, adoptar al pupilo, ni al menor, cuya tutela ó curaduria administran, antes que hayan dado las cuentas de este cargo; ni el pobre puede generalmente adoptar al rico (4).

§. 849. *Condiciones particulares de la arrogacion.*

Para que la arrogacion sea válida han de concurrir las condiciones siguientes:

1.° La persona que arroga ha de ser mayor de sesenta años, á menos que haya una causa que justifique la arrogacion: v. gr., haber perdido la esperanza de tener hijos ó arrogar á alguno de sus parientes.

(1) §. 10. J. I, 11 et Theophle *ad h. l.*-C. V, C. VIII, 48.-Gaj. I, 104.
(2) C. 6. C. VI, 24.
(3) Fr. 17. pr. §. 3. D. I, 7.
(4) Fr. 17. pr. §. 4. D. I, 7.

2.° Generalmente no se puede arrogar mas que á una persona (1).

3.° El consentimiento expreso del arrogante y del arrogado (2).

4.° Un rescripto del príncipe que apruebe la arrogacion (3).

5.° La arrogacion de un impúber está sujeta á condiciones particulares: (a) es necesario examinar si la arrogacion le es útil, (b) han de consentir en ello los parientes mas próximos, y los tutores del arrogado; (c) el arrogante ha de prestar caucion *(satisdatio)*, que en el caso que el arrogado muriera antes de cumplir la pubertad devolverá los bienes de éste á sus mas próximos herederos ó á la persona que pupilarmente le hubiese sustituido su padre. (d) Si el arrogante emancipa al impúber ó le deshereda antes de haber cumplido la pubertad, está obligado, no solo á devolverle los bienes que llevó, y cuantos heredó despues, sino es á dejarle por su muerte la cuarta parte de los suyos propios, cuya cuarta se llama *cuarta Divi Pii*, porque se determinó por una constitucion de Antonino el Piadoso (4). El arrogado, cumplida la pubertad, puede pedir la emancipacion, si ve que la arrogacion no le ha sido útil (5).

(1) Fr. 15. §. 23. D. I, 7.
(2) Fr. 2. pr. D. ibid.
(3) Fr. 2. pr. cit.-§. 1. J. I, 11. C. 6. C. VIII, 48.-Acerca de la antigua forma de la arrogacion vide Gaj. I, 99.
(4) §. 3. J. I, 11.-fr. 17. §. 1; fr. 18, 19, 20, 22. D. I, 7.-fr. 13. D. XXXVIII, 5. C. 2. C. VIII, 48.
(5) Fr. 32. pr. D. I, 7.

§. 850. *Consideraciones particulares de la adopcion propiamente dicha.*

En la adopcion propiamente dicha *(datio in adoptionem)*, han de concurrir las circunstancias siguientes:

1.° El consentimiento del adoptante.

2.° El del padre del adoptado: no es necesario que el padre preste este consentimiento expresamente; hasta que no se oponga á la adopcion (1).

3.° Si alguno es adoptado como nieto de un hijo, debe éste tambien consentir (2), y no es necesario consientan los demas agnados (3).

4.° La adopcion debe hacerse ante el Pretor (4).

§. 851. D. 1. *Efectos de la arrogacion.*

La abrogacion produce los efectos siguientes:

1.ª El arrogado y los hijos que tiene bajo su potestad pasan á la del arrogante, y aquel dejando de ser *sui juris* sufre la *capitis diminutio minima* (5). Una consecuencia de este principio era que por derecho antíguo cuantos bienes poseia el arrogado, pasaban *ipso jure* al arrogante; pero por derecho nuevo y muy particularmente despues de la creacion del peculio adventicio, los derechos del arrogante

(1) Fr. 5. D. I, 7.
(2) §. J. I, 11.-fr. 6. ibid.
(3) Fr. 7. ibid.
(4) §. 1. J. I, 11.-fr. 2. pr.; fr. 4, 36. D. I. 7.-C. 11. C. VIII, 48. Ulp. VIII, 5. Gaj. I, 98.
(5) Fr. 2. §. 2.-fr. 15. pr.; fr. 40. D. I, 7.-fr. 3. pr. D. IV, 5. Gaj. I, 107. Ulp. VIII, 8.

sobre los bienes del arrogado, son los mismos que los que el padre tiene sobre los de sus hijos (1).

2.° El arrogado por su parte adquiere todos los derechos de hijo de familia; se hace agnado de todos los agnados del arrogante, y sucede *ab intestato*, no solo á éste, sino es tambien á todos sus agnados (2).

§. 852. 2. *Efectos de la adopcion propiamente dicha.*

En derecho antiguo la adopcion propiamente dicha *(datio in adoptionem)* producia los mismos efectos que la arrogacion. El adoptado sufria la *capitis diminutio minima*, porque salia del poder, bajo del que hasta entonces habia estado constituido, y de la familia á que habia pertenecido (3), pasando á la potestad del padre adoptivo (4), esto es, haciéndose agnado de los agnados de éste (5). Justiniano cambió este derecho, y estableció la distincion siguiente (6):

1.° Si un hijo ó hija es adoptado por su ascendiente, la adopcion produce los mismos efectos que por derecho antí-

(1) §. 6. J. II. 9.-J. III, 10 (11).
(2) Fr. 23. D. I, 7.-§. 2. J. II, 11. §. 2, 14. J. III, 1.-C. 10. pr. §. 5. C. VIII, 48.
(3) Pr. J. I, 11.-fr. 1. pr. D. I, 7.-§. 13. J. III, 1.
(4) Fr. 4. §. 10. D. XXXVIII, 10. Los hijos nacidos y concebidos al tiempo de la adopcion, no pasan como en la abrogacion al poder del padre adoptivo; otra cosa sucede respecto á los que han sido concebidos despues de la adopcion. Fr. 2. §. 2.; fr. 40. pr. D. I, 7.-fr. 26, 27. D, ibid. El §. 9. J. I, 12 demostró claramente que no se atendia al momento del nacimiento sino al de la concepcion.
(5) §. 2. J. III, 2.-fr. 4. §. 10; fr. 5. D. XXXVIII, 10.-fr. 23. D. I, 7.
(6) C. 10. C. VIII. 48.

guo *(adoptio plena)*; si por cualquier otra persona, el adoptado continua bajo la potestad y en la familia del padre natural, sin que el padre adoptivo adquiera derecho alguno sobre el hijo, quien le sucede sin embargo *ab intestato (adoptio minus plena)* (1).

Cuando el abuelo da en adopcion á su nieto, ha de distinguirse, si éste por la muerte de aquel es su heredero *ab intestato*, en cuyo caso se aplican las mismas reglas establecidas en el §. precedente sobre la adopcion de los hijos y las hijas (2): no siendo su heredero, se observan las disposiciones del derecho antíguo (3).

§. 853. 3. *Efectos de la adopcion hecha por una muger*

Adoptando la muger, no adquiere nunca el derecho de patria potestad sobre el adoptado; ni el acto produce otros derechos á favor de éste, que el de exigir alimentos y suceder intestado á su madre adoptiva (4).

§. 854. 855. *Adquisicion de la patria potestad por legitimacion.*

Los hijos ilegítimos no estan nunca *ipso jure* bajo la

---

(1) C. cit. pr. §. 1-3.

(2) C. cit. §. 4. Asi en este caso el padre adoptivo no adquiere la patria potestad, sino cuando es ascendiente natural del nieto dado en adopcion.

(3) En este caso el padre adoptivo adquiere siempre la patria potestad ya sea ó no ascendiente del adoptado.-C. cit. Si enim patres eos antecedant, maneant omnia jura adoptiva intacta.

(4) C. 5. C. VIII, 48.

patria potestad, pero si pueden ser sometidos á ella por *legitimacion*. La legitimacion es un acto de derecho civil, en virtud del cual los hijos ilegítimos son equiparados en todo ó en parte á los legítimos, respecto de la patria potestad, y del derecho de sucesion. Por derecho romano solo podian legitimarse los hijos naturales nacidos de concubina, lo cual podia verificarse de tres modos: 1.° La legitimacion *por subsiguiente matrimonio* (*legitimatio per subsequens matrimonium*) consistia en el matrimonio que se contraia con la muger tenida hasta entonces por concubina, de la que habia procreado hijos en concubinato. Este matrimonio se celebraba por un contrato escrito (*instrumenta dotalia*) (1). 2.° La legitimacion *per oblationem curiæ* tenia lugar cuando el padre inscribia á su hijo natural en la curia, ó casaba á su hija natural con algun decurion (2). 3.° La legitimacion por *rescripto del príncipe* (*per rescriptum principis*), se verificaba cuando el príncipe á peticion del padre declaraba legítimo al hijo natural. Pero esta especie de legitimacion solo tenia efecto cuando el padre no podia casarse con la concubina, y cuando no tenia hijos legítimos (3). La legitimacion, de cualquiera especie que sea, hace que sufra el hijo la capitis diminucion mínima, pues deja de ser *sui juris*; asi es que no puede verificarse sin el consentimiento del padre, y el del hijo (4).

---

(1) C. 5, 6, 7, 10, 11. C. V, 27-J. I, 10.-Nov. 89. c. 8.

(2) C. 3, 4. C. ibid. Sobre todo Nov. 38 y 39. c. 2.

(3) Nov. 74. c. 1.-Nov. 89. c. 9.

(4) Fr. 11. D, I, 6. Sobre todo Nov. 89. c. 11. pr. §. 1.

CAPITULO III.

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

§. 856. *De los efectos generales.*

En derecho romano la patria potestad produce un efecto general, y es que por una ficcion del derecho el padre de familia y todos los que se hallan bajo su poder, son considerados en los asuntos privados (1) como una misma persona (2). Las consecuencias de esta ficcion eran que cuanto el hijo de familia adquiria pertenecia *ipso jure* al padre (3); que no podia existir accion alguna entre el padre y el hijo (4): que este no podia ser testigo en el testamento de aquel (5), y que muerto el padre el hijo de familia constituido inmediatamente bajo su poder (*suus heres*) adquiria *ipso jure* (6) la sucesion; pero esta unidad de personas no era aplicable á los casos en que, como en el peculio castrense, el hijo era considerado y tenido como padre de familia (7).

---

(1) Porque en los negocios públicos el hijo de familia se considera como padre de familia, fr. 9. D. I, 6.-fr. 3. D. I,-fr. 13, §. 5; fr. 14. pr. D. XXXVI. 1.

(2) C. 11. C. VI, 26: cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur.

(3) J. II, 9; III, 28 (29).-Gaj. 11, 36-96,-Ulp. XIX, 18. De aqui tambien que el arrogante adquiria todos los bienes del arrogado. J. III, 10. (11)-§. 6. J. II, 9.

(4) §. 4, 6. J. III, 19 (20).-fr. 1. §. 1. D. XLI, 6.-fr. 2. pr. D. XVIII, 1.- fr. 4. D. V, 1. Tambien se deduce de aqui que mientras el padre ejercia la patria potestad sobre su hijo no podia cederle el usufructo del peculio adventicio.

(5) §. 9, 10. J. II, 10. Ulp. XX, 3.-Gaj. II, 105, 108.

(6) §. 3. J. III, 1.-fr. 11. D. XXVIII, 2. Gaj. II, 156.-158.

(7) Fr. 2. pr. D. XVIII. 1.-fr. 4. D. V, 1.

§. 857. *Derechos particulares del padre.—I. Respecto á la persona del hijo.*

La ley concede al padre á consecuencia de la patria potestad ciertos derechos particulares tanto en la persona del hijo, como en sus bienes.

El padre tenia en los primeros tiempos de Roma el derecho de vida y muerte sobre sus hijos *jus vitæ et necis*, cuyo derecho fue abolido por Constantino (1): tambien podia el padre vender á sus hijos como á esclavos; pero Diocleciano y Maximiniano prohibieron este derecho, que posteriormente solo se concedió con respecto á los recien nacidos, y en el caso de estremada pobreza de sus padres (2): finalmente podian estos dar á sus hijos en noxa *(noxæ dare)*, facultad que tambien se prohibió posteriormente (3). Por derecho nuevo el padre solo tiene con respecto á sus hijos los derechos siguientes: (a) corregirlos y castigarlos por faltas ligeras (4): (b) exigirles sus servicios (5): (c) nombrarles tutor en testamento (6), y heredero para el caso de que mueran antes de cumplir la pubertad, *jus pupilariter substituendi* (7): (d) concederles la licencia para el matrimonio (8): (e) revindicarlos de cualquiera persona que los retenga por medio del interdicto *de liberis exhivendis* (9):

---

(1) C. ún. C. IX, 17.

(2) C. 2. C. IV, 45.

(3) §. 7. J. IV, 8-Cf. Heineccius *Antiquit rom.* I, 9. §. 3.-10.

(4) C. 3. C. VIII, 47.-Cf. C. ún. C. IX, 15.

(5) Fr. 3. D. XXXIII, 2.-fr. 7.-pr. D. IX, 2.

(6) §. 3. J. I, 13.-fr. 1. pr. D. XXVI, 2.

(7) Pr. J. II, 16.-fr. 2. pr. D. XXVIII, 6.

(8) Fr. 2. D, XXIII. 2.-pr. J. I, 10.

(9) Fr. 1. pr. D. XLIII, 30.-fr. 1. §. 2. D. VI, 1.

(f) vender como esclavos á los recien nacidos, *(sanguinolentos)* en el último caso de grande indigencia (1).

§. 858. II. *En cuanto á los bienes de sus hijos.* A. *Nocion y especies de peculios.*

Por derecho antiguo no podia el hijo de familia tener bienes propios; todo lo que adquiria pertenecia á su padre. Mas posteriormente, como los mismos padres de familia dieran á sus hijos ó á sus esclavos algunos bienes, ya para que los administráran, ya para que hicieran el comercio, y á esta porcion se llamase *peculium* se empezaron á conocer los peculios y de aqui que por derecho nuevo se llama *peculium profectitium* al conjunto de bienes que el padre da al hijo para que los administre (2). Tambien segun el derecho nuevo puede el hijo de familia tener bienes propios, de tantas especies, cuantos sean los modos de adquirirlos (3): 1.° *castrense peculium*, que comprende todas las cosas muebles que los padres ó personas extrañas dan á los hijos de familia que siguen la carrera militar; posteriormente todos los muebles é inmuebles que el mismo hijo adquiere mientras permanece en el ejército, y particularmente las donaciones y sucesiones de sus compañeros: finalmente, todo lo que el soldado recibe de su muger en concepto de heredero, no en el de legatorio, y todo lo que adquiere con los productos del peculio castrense (4): 2.° *quasi castrense peculium*, comprende todo aquello que el hijo adquiere en la carrera del *foro*, y lo que recibe por donacion del príncipe ó princesa (1): 3.° *peculium ad ventitium*, ó sean los bienes que el hijo adquiere de cualquier otra manera; comprende particularmente los bienes llamados *bona materna et materni generis*, los *lucra nuptialia*, y todo cuanto los padres están obligados á reservarles cuando pasan á segundas nupcias; y ademas segun el derecho nuevo todo lo que adquieren por cualquier otro medio que no siendo de sus padres sea por su padre ó por su peculio castrense ó *quasi castrense* (2).

(1) C. 2. C. IV, 43.
(2) Fr. 5. §. 4; fr. 7. §. 9; D. XV, 1-§. 1, J. II, 9: si quid ex re patris ei obveniat.
(3) C. 37. pr. C. III, 28.
(4) Fr. 3, 4, pr. fr. 8, fr. 11, fr. 16, §. 1; fr. 19, pr. D. XLIX. 17, sobre todo C. I, 4. C. XII. 37.

§. 859. B. *Derechos del padre sobre los peculios.*

Los derechos del padre sobre los peculios varian segun las diversas especies de estos.

El *peculio profecticio* pertenece en propiedad al padre; mas la administracion corresponde al hijo, quien tiene la facultad de enagenarle, si bien bajo condicion de que lo que adquiera por esta enagenacion sea para su padre (3): sin embargo, el hijo no puede donar, ni el todo ni parte de estos bienes. El padre que daba á su hijo un peculio profecticio podia ser demandado por la accion de peculio, por las deudas contraidas por este hasta donde alcanzase el peculio (4). El hijo retiene la propiedad del peculio profecticio

(1) C. ún. C. XII, 31.-C. últ. C. XII, 37.- C. 7. I. 51. C. 4, 14. C. 11, 7.-C. 7. C. VI, 61.-C. 34. C. I. 3,-Nov. 123. c. 19.
(2) §. 1. J. II, 9.-C. 1, 2, C. VI, 60.uC. VI, 61.
(3) Fr. 18. §. 4; fr. 19. D. XIII. 7.-fr. 7. pr. §. 1-3. D. XXXIX, 5.-§. 1. J. II, 9.
(4) §. 4. J. IV. 7.-D. XV. 26.

aun viviendo el padre en varios casos; cuando son confiscados los bienes del padre (1), cuando sale de la patria potestad por haber sido elevado á una dignidad del Estado (2), y cuando el padre le emancipa sin quitarle el peculio (3).

2. En el *peculio castrense y cuasi castrense* (4) al menos por derecho nuevo tiene el hijo el pleno dominio; el padre el usufructo solamente (5). Como el hijo es considerado en cuanto á este peculio como padre de familia (6) puede disponer libremente de él tanto entre vivos, como mortis causa, y por testamento (7); mas si muere intestado pasa á sus herederos segun las reglas que determinan la sucesion para este caso (8).

3. El *peculio adventicio* pertenece en propiedad á los hijos, pero mientras estos se hallan bajo la patria potestad, el padre generalmente goza, disfruta, y administra los bienes que le constituyen (9), para cuya administracion y usufructo ni debe prestar fianzas ni está sujeto á rendir cuentas (10). El padre sin embargo, no está facultado para enagenar las cosas que forman parte de este peculio, sin el consentimiento de los hijos, á menos que la enagenacion tenga por objeto el pago de deudas y legados, ó sea de co-

---

(1) Fr. 3. §. 4. in fine D. IV, 4.
(2) Nov 81. c II, §. 1.
(3) Fr. 31. §. 2. D. XXXIX. 5.-§. 20 J. 11, 20,-C. 17.-C. VIII, 54.
(4) D. XLIX, 17.-C. XII. 37.
(5) C. 6. pr; C. 7. C. VI 61.
(6) F. 1. §. 3; fr. 2 D. XIV. 6.-fr. 17. D. XL, 1.
(7) Fr. 4. D. V, 1, C. 2. CXII, 37,-Ulp. XX, 10.- §. 5 J. II, 11.-p. J. II: 12.
(8) Pr. J. II. 12.-C. 34. C. I, 3.-Nov. 118.
(9) §. 2 J. II, 9-C. 1 C. VI, 60.-C. 6, pr. C. VI, 61.
(10) C. 6. §. 2; C. 8, §. 4, in fine, C. VI, 61.

sas que por su naturaleza no pueden conservarse (1); en cualquier otro caso la enagenacion es nula y la cosa enagenada no puede prescribirse por el que la adquirió, mientras el hijo está bajo la patria potestad (2). Tampoco el hijo puede durante ésta, disponer del peculio adventicio, ni entre vivos ni por testamento (3).

Hemos sentado la regla, de que el padre tiene la administracion y usufructo en los bienes que constituyen el peculio adventicio: pero esta regla sufre las excepciones siguientes: 1.° cuando los bienes del peculio proceden de sucesion, donacion ó legado que el hijo aceptó contra la voluntad de su padre (4); 2.° cuando proceden de una donacion que le fue hecha bajo la condicion de que su padre no habia de usufructuar estos bienes (5): 3.° cuando provienen de la sucesion intestada de un hermano á la que concurrió con su padre (6): 4.° y último, cuando el padre administra mal un fideicomiso que debe restituir á su hijo concluida la patria potestad, en cuyo caso debe restituirlo inmediatamente sin que pueda retener el usufructo por mas tiempo (7). Cuanto el hijo adquiere en estos cuatro casos como propiedad libre, se llama hoy *peculio adventicio extraordinario (peculium adventitium extraordinarium)*. El hijo puede disponer de él libremente entre vivos, mas no por testamento (8).

---

(1) C. 1. 2. C. VI, 60.-C. 4; C. 8. §. 4, 5, C. VI, 61.
(2) C. 1. C. VI, 60.-C. 4; C. VI, 61, §. 2, C. VII, 40.-Nov. 22, c. 4. Tienen una hipoteca legal en los bienes del padre. Véase el §. 615.
(3) C. 8. §. 5, C. VI, 61-pr. J. II, 12.
(4) C. 8. pr. §. 1. 3; C. VI, 61.
(5) Nov. 117. c. 1. pr. §. 1.
(6) Nov. 118. c. 2.
(7) Fr. 50. D. XXXVI. 1.
(8) C. 11, C. VI, 22.-Nov. 117. c. 1.

§. 860. C. *De los derechos del padre sobre los bienes de sus hijos emancipados*

Por regla general el padre solo tiene el usufructo legal de los bienes de sus hijos constituidos bajo su patria potestad y mientras dura ésta. Se exceptuan de esta regla los casos siguientes: 1.° Cuando muere la madre dejando descendientes comunes con su marido, los cuales no estan bajo la patria potestad de éste; entonces adquiere el usufructo de una parte de los bienes que estos descendientes heredan de su madre, la cual se determina de este modo: si solo hay hijos, el padre goza del usufructo de una porcion viril de toda la sucesion; si con los hijos concurren nietos y visnietos, goza del usufructo de una porcion viril por cada estirpe (1). Este usufructo es legal; el marido puede, pues, demandarle, cuando la muger ha hecho testamento, en cuyo caso concurre con los hijos y nietos instituidos por sus respectivas porciones. 2.° Cuando el padre emancipaba á su hijo, tenia por derecho antiguo la facultad de retener en propiedad y como precio de la emancipacion (*præmium emancipacionis*) la tercera parte del peculio adventicio; el derecho nuevo no le concede nada en propiedad, pero le permite que retenga en usufructo durante su vida la mitad de dicho peculio (2).

(1) C. 3. C. VI, 60.
(2) §. 2, J. II, 9.-C. 1. §. 2; C. 2, C. Th. VIII, 18-C. 6. §. 3. C. VI, 61,

CAPITULO IV.

COMO SE DISUELVE LA PATRIA POTESTAD (1).



§. 861. I. *Por la muerte del padre y la del hijo.*

La patria potestad se disuelve: 1.° por la muerte del padre de familia, ó por sufrir este la *capitis diminucion maxima* y media (2). En ambos casos sus hijos é hijas pasan á ser *sui juris*, mas los nietos quedan bajo la patria potestad de su padre á menos que éste haya muerto, ó anteriormente haya salido de la patria potestad (3). 2.° por la muerte del hijo que estaba constituido bajo la patria potestad ó por la *capitis diminutio* máxima y media.

§. 862. II. *Viviendo el padre y el hijo.*

Es un principio general que la patria potestad existe mientras vive el padre y el hijo, y mientras no hay una causa válida por derecho civil que la disuelva. Esta causa nace ó de *la ley*, ó de *la voluntad del padre.*

§. 863. A. *Por la disposicion de la ley.*

La patria potestad se disuelve contra la voluntad del

(1) Inst. I, 12. D. I, 7.-C, VIII. 49.-Ulp. X. §. 1. 2.-Gaj. I. 127.-137.-Paul. II. 25.
(2) §. 2. J. I. 9, §. I. 2. J. I. 12.
(3) Pr. J. ibid.-fr. 5. D. I. 6. Cf. fr. 41. D. 1, 7.

padre: 1.° cuando el hijo es promovido á una dignidad del estado (1): 2.° si el padre comete cierta especie de delitos, como por egemplo, si contrae un matrimonio incestuoso (2), si prostituye á su hija, en cuyo caso puede ésta pedir se la saque de la patria potestad (3). En todos los casos en que se disuelve la patria potestad, ya porque ésta cese *ipso jure*, ya porque se prive de ella al padre, el hijo no sufre la *capitis diminutio minima* (4).

§. 864. B. *Por la voluntad del padre.*

En tres casos se disuelve la patria potestad por la voluntad del padre: 1.° cuando éste se da en arrogacion, porque pasa con sus hijos á la potestad de arrogante (§. 851): 2.° cuando da á su hijo en adopcion (§. 852); y 3.° cuando le emancipa. En todos estos casos, el hijo sufre la *capitis diminutio minima*, porque muda de familia *(familia mutatur)*.

§. 865. *De la emancipacion en particular.*—1. *Nocion de la emancipacion.*

La emancipacion es un acto solemne, por el que los hijos salen de la patria potestad, y se hacen *sui juris*. La emancipacion exige las condiciones siguientes: 1.ª el consentimiento del padre, quien generalmente no puede ser obligado á que emancipe á su hijo (1), á menos que (*a*) le maltrate (2), (*b*) acepte un legado ó donacion, bajo condicion de que ha de emancipar á su hijo (3); (*c*) cuando dado el impúber en arrogacion, pide despues de llegar á la edad de la pubertad su emancipacion por justas causas (4): 2.ª el consentimiento del hijo, pues que el padre solo puede emancipar contra su voluntad (5), á los *infantes* (6) y á los hijos adoptivos (7): 3.ª finalmente, la emancipacion ha de hacerse con todas las formas prescriptas por la ley (§. 866).

§. 866. 2. *De la forma de la emancipacion.*

En cuanto á su forma, la emancipacion es de dos especies, segun el derecho romano nuevo (8); *anastasiana*

---

(1) En los tiempos antiguos solo ciertas dignidades sacerdotales producian este efecto. Gaj. I, 130; III, 114.-Ulp. X, 5. Despues se estendió á otras muchas funciones. §. 4. J. I, 12.-C. 66. C. X, 31.-C. 5. C. XII, 3. Nov. 82. c. 2.

(2) Nov. 12. C. 2.

(3) C. 6. C. XI, 40.-C. 12. C. I, 4. Tambien se refiere á éste el caso en que el padre expone á su hijo, segun la C. 2, 4. C. VIII, 52, y la Nov. 153. c. 1.

(4) Cf. Nov. 81. c. 1.

(1) §. 6. J. I, 12.-fr. 31. D. I, 7.

(2) Fr. 5, D. XXXVII, 12.

(3) Fr. 92. D. XXXV, 1.

(4) Fr. 32. pr. D. I, 7.

(5) Paul. II, 25. §. 5.-C. 5. C. VIII, 49.-Y sobre todo, la Nov. 89. C. 1. pr. Solvere jus patriæ potestatis invitis filiis nom permissum est patribus. Esta es la razon porque la abdicacion del hijo no disuelve la patria potestad. C. 6. C. VIII, 47.

(6) C. 5 in fine. C. VII, 49.

(7) C. 10. pr. C. VIII, 48. §. 3. J. I, 11. fr. 132. pr. D. XLV, 1. En cuanto á la restriccion de un impúber arrogado: vide §. 849.

(8) La emancipacion antigua que se verificaba por medio de ventas ficticias, seguidas de las manumisiones correspondientes *per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones*), habia caido en desuso en el imperio de Justiniano, y fue abolida por él. C. 6. C. VIII, 28. §. 6. J. I. 12.

(emancipatio anastasiana), cuando á peticion del padre y consentimiento del hijo obtiene aquel del príncipe un rescripto, por el cual se declara al hijo *sui juris* (1); la *Justinianea (emancipatio Justinianea)*, cuando el padre de acuerdo con su hijo renuncia ante el juez competente los derechos de patria potestad (2).

§. 867 y 868. 3. *Efectos de la emancipacion.*

La emancipacion hace *sui juris* al emancipado, y por consecuenica sufre éste la *capitis diminutio minima*, porque separándole de la familia á que pertenecia, le priva tambien de los derechos de agnacion (3), los cuales puede, sin embargo, conservarle el príncipe, cuando la emancipacion se verifica por su rescripto (4): la ley permite al padre que emancipó á su hijo, constituirle nuevamente en la patria potestad, cuando éste le es ingrato (5).

SECCION III.

DE LA TUTELA Y CURATELA (6).

§. 869. *Nocion de la tutela y curatela.*

Entiéndese por tutela y curatela el derecho y el deber

(1) C. 5. C. VIII, 49.
(2) C. 6. C. VIII, 49.
(3) Fr. 3. §. 1. D. IV, 5.
(4) C. 11. C. VI, 58.
(5) C. 1. C. VIII, 50.
(6) Fuentes: Gaj. comm. 1. §. 142.-200. Ulp. 11.-C. Th. III, 17.-19.-J. I, 13.-26.-D. XXVI, 27. C. Just. V, 28.-52.

de proteger, y de suplir ó de completar á las personas que por su juventud, ó cualquier otro motivo no son por sí suficientes para ejecutar válidamente los actos jurídicos, ni para administrar sus bienes.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA TUTELA.

§. 870. I. *Nocion de la tutela.*

La tutela de los impúberes *(tutela impuberum)* (1) es el poder y facultad concedido á un ciudadano romano, para suplir con su autoridad la persona de otro ciudadano impúber, y libre de la patria potestad, representándole y administrando sus bienes (2). El derecho de tutela, que en un principio se concedió al agnado mas próximo, vino á convertirse posteriormente en un deber ó cargo público *(munum publicum)*, que estaba obligado á aceptar aquel á quien le era conferido (3). El derecho nuevo no introdujo variacion alguna en la esencia de la tutela, es decir, en cuanto á suplir la persona de un impúber en los actos jurídicos, y

(1) En el antiguo derecho romano se establecian dos especies de tutelas, la de los impúberes y la de las mugeres (*tutela impuberum, sive etatis, tutela fœminarum, sive sexus*). El derecho Justinianeo no habla mas que de la primera, y por lo mismo solo nos ocupamos aqui de ella.

(2) Fr. 1. pr. §. 1. D, XXXVI, 1. Tutela est (ut Servius definit), vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter etatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data et permisa. §. 1. 2. J. I, 13.

(3) Fr. 1. §. 3, 4; fr. 18. §. 1. D. L, 4.-fr. 1. pr. D. XXVI, 7.

administrar sus bienes (1): el que se encargaba de una tutela, se llamaba *tutor (tutor)* (2); el que estaba en tutela *pupilo (pupillus)*.

Para estar en tutela, era necesario ser *sui juris*, y haber nacido (3). Ademas, la tutela del impúber es una necesidad de la ley, que vale tanto, como decir, que un pupilo está obligado á recibir tutor aun contra su voluntad (4).

§. 871. II. *De la capacidad para ser tutor.*

El tutor debe tener capacidad para aceptar la tutela. Estan declarados incapaces para este cargo: 1.° los esclavos y los extrangeros (5): 2.° las mugeres (6), á excepcion de la madre y la abuela, á quienes por derecho nuevo se les concede con preferencia la tutela de sus hijos y nietos (7):

(1) Fr. 14. D. XXVI, 26. *Tutor personæ non rei vel causæ* datur. Es decir, el tutor se da para completar la persona jurídica del pupilo en cuantos negocios tenga que intervenir. No se da, pues, para un negocio particular del pupilo (non *singulæ* rei vel causæ datur), sino para todos sus bienes y negocios. §. 17. J. I, 25. -fr. 12, 13. D. XXVI, 2.

(2) Fr. 1. §. 1. D. XXVI, 1. §. 2. J. I, 13.

(3) Fr. 239. pr. D. L, 16.-fr. 1. pr. D. XXVI, 1. fr. 161. D. L, 16.-fr. 20. D. XXVI, 5.-fr. 19. §. 2. D. XXVI, 2.

(4) Fr. 6. D. XXVI, 5. C. 2. C. V, 60.

(5) C. 7. C. V, 34, Sin embargo, el padre podia nombrar á un esclavo propio tutor de su hijo, en cuyo caso el esclavo se hacia libre. §. 1. J. I, 4. Los latinos (*latini*) y los extrangeros. (*Peregrini*) no podian ser tutores, porque la tutela era un derecho propio de los ciudadanos romanos *jus proprium civium romanorum*. §. 1. J. I, 13 comparado con él. §. 4. J. I, 22.

(6) Fr. 16. pr.: fr. 18. D. XXVI, 1.-C. 1, 2. C. V, 35.

(7) Nov. 94.-Nov. 118. c. 5. Es indudable segun la C. 3. C. V, 35, y la Nov. 94. c. 1, que la madre tenia tambien la tutela de los hijos naturales.

FACULTAD DE DERECHO SEVILLA

3.° los locos y mentecatos (1), y los que estan declarados judicialmente pródigos (2): 4.° los sordo-mudos (3): 5.° los menores (4): 6.° los obispos y los monges (5): 7.° los militares en actual servicio (6): 8.° los enemigos declarados del pupilo ó de su padre (7): 9.° los que por dinero aspiran á conseguir la tutela (8): 10. los que en el acto de recibir la tutela son acreedores ó deudores del menor, excepto la madre y la abuela (9): 11. aquel á quien el padre ó la madre del pupilo prohibieron ser tutor (10): 12. el judío con respecto á la tutela del cristiano (11).

§. 872.-875. III. *Escusas de los tutores* (12).

La tutela por derecho nuevo es un cargo público, que no puede rehusar aquel á quien se le encomienda (13). Sin

(1) §. 2. J. I, 14. fr. 17. D. XXVI, 1.

(2) §. 3. J. I, 23. fr. 1, pr. D. XXVII, 10.

(3) Fr. 1. §. 2, 3. D. XXVI, 1. Los ciegos no son incapaces. fr. 16. D. XXVI, 8. fr. 40. D. XXVII, 1,

(4) §. 13. J. 1, 25. C. 5. C. V, 30. El hijo de familia puede ser tutor si es mayor de edad. pr. J. I, 14.-fr. 7. D. XXVI, 1.

(5) C. 52. C. I, 3.-Nov. 123. c. 5. §. 1.

(6) §. 14. J. I, 25.-fr. 8. D. XXVII, 1.-C. 4. C. V, 34.

(7) §. 11. J. I, 25. fr. 3. §. 12. D. XXVI, 10.-fr. 6. §. 17. D. XXVII, 1.

(8) Fr. 21. §. 6. D. XXVI, 5.

(9) Nov. 72. C. 1, 2, 3, 4. Nov. 94. c. 1.

(10) Fr. 21. §. 2. D. XXVI, 1. Cf. fr. 8. pr. D. XXVI, 2.

(11) El antiguo derecho parece que le admitia: fr. 15. §. 6. D. XXVII, 1. pero el derecho nuevo mira al judío como incapaz de desempeñar cargos públicos: C. 19. pr. C. I, 9.

(12) J. I, 25. D. XXVII, 1. C. V, 62.-69. Paul. II, 27-30.

(13) A excepcion de la madre y de la abuela que son libres de aceptar ó no la tutela. Nov. 94. c. 1; quia vero matribus *volentibus* curam habere minorum, et *petentibus* curam subire etc. Nov. 118, c. 5.

embargo, la ley admite varias causas por las que puede escusarse el que es grabado con el cargo de tutor: estas causas se llaman en derecho romano, *escusas*; y son de dos especies.

A. Las unas dan derecho á escusarse de la tutela; y las personas que pueden oponer estas escusas son: 1.° el que tiene tres hijos legítimos y vivos en Roma; cuatro en Italia, y cinco en las provincias (1): 2.° el que ha cumplido setenta años de edad (2): 3.° los ausentes por causa de la república, cuyo privilegio les dura todo el tiempo de su ausencia, y un año mas (3): 4.° los funcionarios públicos (4): 5.° los profesores públicos de artes liberales y ciencias, y tambien los medios (5): 6.° los que administran los bienes del fisco y del patrimonio del príncipe (6): 7.° los que no tienen el domicilio en el lugar donde se confiere la tutela (7): 8.° aquel á quien el padre le nombró tutor por ódio (8): 9.° el padre de familia que á sus espensas administra tres tutelas en su familia sin haberlas solicitado, puede escusarse de admitir una cuarta (9).

B. Hay otras escusas que dan derecho á dimitir una tutela ya aceptada, á los que se encuentren en los casos siguientes: 1.° el que por su pobreza ó enfermedad está impedido

(1) Pr. J. I, 25.-fr. 2. §. 2-8; fr. 18. D. XXVII, 1. C. 1. C. V, 66.
(2) §. 13. J. I. 25.-fr. 2. pr. D. ibid.-fr. 3. D. L, 6.-C. ùn. C. V, 68.
(3) §. 2. J. I, 25.-fr. 10. pr. §. 2. D. ibid.-C. 2. C. V, 64.
(4) §. 3. J. I, 25.
(5) §. 15. J. ibid.-fr. 6. §. 1-9. D. ibid. C. 6. C. X, 52.
(6) §. 1. J. ibid.-fr. 22. §. 1; fr. 41. pr. D. ibid.
(7) Fr. 46. §. 2. D. ibid.
(8) §. 9. J. ibid.
(9) §. 5. J. ibid.-fr. 2. §. 9; fr. 3-5; fr. 15; §. 15; fr. 17 pr. r. 31. §. 4. D. ibid. Se lee en el último pasage, ceterum putarent recte facturum pætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tan diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. C. ún. C. V, 69.

de continuar en la administracion de los bienes de otro (1): 2.° el que muda su domicilio con autorizacion del príncipe, siempre que á este conste que aquel egercia una tutela (2): 3.° el que es nombrado consejero del príncipe *(consilium principis)* (3): 4.° el ausente por causa de la república tiene derecho á pedir que otro tutor administre la tutela mientras dura su ausencia (4).

Todos los tutores, ya sean testamentarios, ya legítimos, ya dativos pueden valerse de estas escusas, siempre que lo verifiquen dentro de los cincuenta dias de su nombramiento (5); se exceptúan de esta regla, los que hubieran prometido al padre del pupilo administrar la tutela, renunciando el derecho de escusarse (6), y los que aceptan el legado que se hizo bajo condicion de que habian de ser tutores (7).

§. 876. IV. *De las especies de tutelas.*

La tutela se funda, ó en una disposicion testamentaria *(tutela testamentaria)*, ó en una disposicion legal *(tutela legítima)* ó en una disposicion de la autoridad, *(tutela da-*

(1) §. 6. J. ibid.-fr. 7. fr. 40. §. 1. D. ibid.-C. ún. C. V, 67.
(2) Fr. 12. §. 1. D. XXVII, 1.
(3) Fr. 30. pr. D. ibid.-fr. 11. §. 2. D. IV, 4.
(4) §. 2. J. ibid.-fr. 10. pr. §. 2. D. ibid.-fr 11. §. 2. D. IV. 4.-C. 1. C.V, 54.
(5) §. 16. J. ibid.-fr. 2. §. 5; fr. 13. §. 1, 2; fr. 30. §. 2. fr. 45. §. 1. D. XXVII, 1.-C. 9. C. V. 34.
(6) §. 9. J. ibid.-fr. 15. §. 1. D. ibid.
(7) Fr. 5. §. 2. C. XXXIV, 9.

tiva). En el derecho romano no se reconoce ninguna especie de tutela que tenga por fundamento un contrato.

§. 877.-878. *De la tutela testamentaria* (1).

La tutela testamentaria se funda en derecho romano en los principios siguientes: 1.° solo el padre de familia tiene derecho de nombrar para el caso de su muerte tutor á sus hijos y descendientes impúberes que se hallen inmediatamente bajo su potestad y que por su fallecimiento vengan á hacerse *sui juri* (2): 2.° el nombramiento de tutor ha de hacerse en testamento ó en codicilo confirmado (3), y puede serlo pura y simplemente, ó bajo de condicion; desde cierto dia *(ex die)* ó hasta cierto dia *(in diem)*; ó sin fijar tiempo (4); pero la persona del tutor debe ser cierta, aun desde la época de su nombramiento (5): 3.° el tutor testamentario legitimamente nombrado por el que tenia derecho de hacerlo, se llamaba entre los romanos *tutor recte datus* (6): el tutor testamentario adquiria el *jus tutelœ*, *ipso jure*, sin necesidad de la confirmacion judicial, y sin obligacion á prestar fianzas *(satisdatio)* (7).

Si el que nombraba tutor, no tenia al impúber bajo su patria potestad, ó aun cuando le tuviera, no hacia el nombramiento en testamento, ó en codicilo confirmado por testamento, la tutela testamentaria no era legitimamente conferida *(non recte datur)*. Mas por derecho nuevo se impone á la autoridad la obligacion de confirmar al tutor testamentario ilegitimamente dado, ya pura y simplemente, ya prévia informacion y fianza; de aqui la distincion entre la tutela testamentaria *perfecta*, *(tutela testamentaria perfecta)* que equivale á la tutela testamentaria válida, *ipso jure*, y la tutela testamentaria *imperfecta*, *(tutela testamentaria imperfecta)*, que comprende los casos en que faltan algunas de las condiciones referidas (1). En la tutela testamentaria imperfecta se distinguen los casos siguientes:

1.° Cuando el tutor que no fue dado legitimamente debia ser confirmado sin inquisicion anterior y sin exigirle fianza; lo cual se verificaba, cuando el padre nombraba tutor en testamento ó en codicilo confirmado, á su hijo emancipado no instituido: cuando nombraba tutor al hijo constituido en su patria potestad en testamento inválido ó en un codicilo no confirmado (2); ó cuando le nombraba al hijo natural que debia instituir (3); y finalmente cuando el nombramiento de tutor se hacia por la madre en favor de su hijo instituido (4).

2.° Cuando la confirmacion habia de hacerse prévia inquisicion, sin prestar fianza; tal es el caso en que el padre nombraba tutor á su hijo natural no instituido (5), y el en que la madre le nombraba al hijo que tampoco instituia (6).

---

(1) Gaj. I, 144 y sig.-Ulp. XI: XIV y sig. J. I. 14. XXVI D. 2. C. V, 28. fr. 130, D. L. 16.

(2) §. 3. J. I, 13.-fr. 73. §. 1. D. L, 17.-fr. 1, §. 1; fr. 4. D. XVI, 2.

(3) Fr. 3. D. ibid.-C. 2. C. ibid. No es dudoso que pueda hacerse igualmente en testamento parentum inter liberos (§. 948).

(4) §. 1, 2, 3. J. I, 14.-fr. 8. §. 2; fr. 10. §. 3. 4. D. ibid.-fr. 11. D. XXVI, 1.

(5) §. 27. J. II, 20.-fr. 20. pr.; fr. 30. D. XXVI, 2.

(6) Fr. 1. §. 1. D, XXVI, 3.

(7) Fr. 7; fr. 17-19. D. XXVI, 2. Gaj. I, 290.

---

(1) D. XXVI, 3.-C. V, 29.

(2) Fr. 1. §. 1, 2. D. ibid.

(3) Fr. 7. ibid.

(4) Fr. 2. ibid. C. 4. C. V, 28.

(5) Fr. 7. ibid.

(6) C. IV cit.

3.° El caso en que la confirmacion no podia verificarse sin inquisicion y sin fianza: lo que tenia lugar, cuando el tutor era dado por el patrono á su liberto impúber instituido, ó por cualquier otra persona al impúber que instituia por su heredero (1).

§. 879. B. *De la tutela legítima* (2).

La tutela legítima se funda en el principio, de que el pariente mas próximo del pupilo, que muerto éste abintestato le heredaria, es á quien toca y corresponde ser su tutor: la madre y la abuela son sin embargo preferidas para la tutela de su hijo y nieto, cuando voluntariamente quieren encargarse de ella (3). Si el pariente mas próximo del pupilo es incapaz de egercer la tutela, pasa al siguiente en grado, y si muchos á la vez estan en igual grado, á todos incumbe el cargo de tutores (4). El tutor legítimo adquiere tambien *ipso jure*, el derecho de egercer la tutela sin la confirmacion de la autoridad (5).

§. 880. C. *De la tutela dativa.* (6).

La tutela dativa no puede deferirse mas que por la au-

(1) Fr. 4, 5. ibid.
(2) Gaj. I, 155 y sig.-Ulp. XI, 3 y sig. J. I, 15. 17, 18, 19.-D. XXVI, 4.-C. V, 30.-Nov. 118. c. 6.
(3) Estan obligadas á renunciar el beneficio que les concede el senado-consulto Veleyano; y pierden la tutela pasando á segundas nupcias. C. 3. C. V, 35.-Nov. 94.-Nov. 118. c. 5.
(4) Fr. 3. §. 8. D. ibid.
(5) Gaj. I, 200.
(6) Gaj. I, 185 y sig.-Ulp. XI, 18 y sig. J. I, 20.-D. XXVI 5. C. Th. III, 17. C. V, 34.

toridad á quien la ley concede expresamente este derecho, el cual sufrió entre los romanos muchas alteraciones. Todas aquellas personas á quienes interesa que el impúber tenga tutor (1), pueden exigir de la autoridad su nombramiento (2): hay sin embargo algunas especialmente obligadas á ello; tales son la madre y abuela del pupilo, que no quieren encargarse de la tutela, tambien los parientes mas próximos que le sucederian abintestato, bajo pena de perder el derecho de sucesion (3) si carecen de alguna escusa que justifique su silencio (4).

§. 881. *De la relacion que existe entre las tres especies de tutela.*

Estas tres especies de tutelas estan entre si en la relacion siguiente: 1.° la testamentaria es preferente á la legítima y á la dativa (5): 2.° si el tutor testamentario se imposibilita temporalmente para el egercicio de su cargo, corresponde al juez ó magistrado nombrar un tutor ó curador provisional, que durante el impedimento egerza la tutela, porque mientras se espera la tutela testamentaria no ha lugar á la legítima; por igual razon, si se imposibilita temporalmente el tutor legítimo, el dativo que tambien se nombra por el juez solo egerce mientras dura el impedimento (6): 3.° mas por el contrario, si el tutor testamentario no acepta

(1) Fr. 2. pr. D. XXVI, 6.
(2) D. XXVI. 1.-C. Th. III, 18.-C. V, 31.
(3) Fr. 2. §. 1. D. XXVI, 6. C. 10. C. VI, 38. C. 6. C. VI, 56.
(4) Fr. 2. §. 26, 27, 28, 45, 46. D. XXXVIII, 17.-C. 2. C. II, 35. C. 3. C. VI, 56. C. 8. C. V, 31.
(5) Fr. 11. pr. D. XXVI, 2-Nov. 118. c. 5.
(6) Por ejemplo §. 1. J. I, 20.-fr. 11, pr. D. ibid.

el cargo, se escusa, ó es incapaz de ejercer la tutela, debe distinguirse; ó el tutor cesa en sus funciones con intervencion de la autoridad, en cuyo caso nombra ésta otro que le remplace (1); ó no interviene la autoridad, y entonces ha lugar á la tutela legítima (2): 4.º si las personas que tenian derecho de nombrar tutor testamentario al pupilo no le nombraron, la tutela pasa al tutor legítimo (3), y á falta de éste (4) al nombrado por el magistrado (5): 5.º finalmente, si de muchos tutores testamentarios faltáre alguno, nombra el juez quien le sustituya; faltando todos sin la intervencion de la autoridad pasa la tutela al legítimo.

§. 882. VI. *De los derechos y de los deberes del tutor.—A. Al aceptar la tutela.*

Todo ciudadano á quien consta se le ha conferido una tutela, debe al instante entrar en el ejercicio de su cargo, á no ser que alegue escusa legítima; la demora le constituye responsable de los daños y perjuicios que sienta el pupilo (6): el magistrado luego que nombra ó confirma en sus funciones á un tutor, debe exigir fianza, que asegure los intereses del pupilo (7): segun el derecho nuevo, tambien deben prestar juramento todos los tutores (8).

(1) Por ejemplo fr. 11. §. 1, 2. D. ibid.
(2) Fr. 11. §. 3. D. ibid.
(3) Pr. J. I, 15.
(4) Pr. J. I, 20.
(5) Fr. 11. §. 4. D. ibid.
(6) Fr. 1. §. 1; fr. 7. pr. D. XXVI, 7. Cf. fr. 5. §. 10; fr. 39. §. 6, fr. 58. §. 2. D. ibid.-C. 1. C. V, 28. C. 15.-C. V, 62.-C. 1, 3. C. V, 63.
(7) Gaj. I, 199.-J. I, 24.-C. V, 42.
(8) Nov. 72.-C. 8.-Véase el §. 899.

§. 883, 884. B. *Despues de haber aceptado la tutela.*

Los derechos y deberes del tutor durante el ejercicio de su cargo, se refieren, segun el derecho nuevo, ya á la persona física, ya á la persona legal del pupilo, en cuanto á los actos jurídicos que emprenda; ya, en fin, á la administracion de sus bienes (1). Pertenece á la primera especie, el cuidado de alimentar y educar al pupilo, bajo la vigilancia del tutor honorario (2), y de la autoridad (3). Si el padre del pupilo no designó la suma que debia emplearse para este efecto, ó si aunque la designára, era perjudicial á los intereses de éste, debe fijarla la autoridad (4). Tambien corresponde al padre nombrar la persona, en cuyo poder ha de estar el pupilo, y por la que ha de ser educado (5). No designándolo el padre, corresponde á la madre, mientras permanezca viuda; pero si la madre ha muerto, ó los parientes del pupilo creen peligroso confiar la educacion del mismo á aquel á quien la madre nombró, la autoridad elige entre el nombrado y los parientes á aquel, en cuyo poder debe estar, y ser educado el pupilo: la eleccion de la autoridad es obligatoria (6).

(1) De esta administracion ó gestion se hablará en el §. 901.
(2) Llámase en derecho romano *tutor honorario (tutor honorarius)* al que tiene el encargo de vigilar al tutor gerente. Subsidiariamente es responsable de la administracion de los bienes, y se llama tambien *tutor notitiæ causa datus*: fr. 3. §. 1. D. XXVI, 7. fr. 14. §. 1, 6. D. XLVI, 3.-fr. 32. §. 1. D. XXVI, 2.
(3) D. XXVII, 2. C. V, 49 y 50.
(4) Fr. 3. pr. D. ibid.; fr. 2. §. 3. D. ibid.
(5) Fr. 1. §. 1. D. ibid. Cf. fr. 5. D. ibid.
(6) C. 1, 2. C. V, 49.-Nov. 22. c. 38.

El objeto principal del tutor, segun el derecho romano, es la defensa del pupilo (*ne in defensum pupilum relinquat*); es decir, el tutor reemplaza absolutamente la persona del pupilo, con su autoridad la completa y la protege (1), por el perjuicio que siente en la incapacidad que tiene para contraer, pues su capacidad no es tan completa como es necesario (2). Mientras el pupilo está en la infancia *(infantia)*, y que por consiguiente carece de voluntad para obrar, el tutor le representa en todos los actos jurídicos, para evitar los perjuicios, que de no ser asi, se le ocasionarian *(negotia pupili gerere debet)*; mas tan luego como el pupilo ha salido de la infancia, y por consecuencia puede obrar por sí mismo *(infantia major)*, el tutor se limita á completar la persona del pupilo impúber, prestando su autorizacion á todos los actos que haga *(autoritatem interponere, sive auctor fieri debet)* (3). Esta autorizacion es necesaria: 1.° en todos los actos en que el pupilo se obliga ó cambia su estado *(status)*, pero no en aquellos en que el pupilo adquiere derechos sin obligarse (4). No prestándose la autorizacion, cuando es necesaria, *ipso jure* queda el acto nulo en favor del pupilo, quien puede solamente aprovecharse de él, para intentar una accion; ningun otro puede demandarle (5). Si el tutor presta la autorizacion, el acto es *ipso jure* obligatorio al pupilo; quien puede, sin embargo,

(1) J. I, 21. D. XXVI, 8.-C. V. 59.
(2) Fr. 30. D. XXVI, 7.
(3) §. 9, 10. J. III, 19. (20.) fr. 1. §. 2; fr. 2. D. ibid.-C. 18. §. 2. C. VI, 30.
(4) Pr. §. 1. J. I, 21.-fr. 9, pr. D. XXVI, 8.
(5) Pr. J. cit.-fr. 13. §. 29. pr. D. XIX, 1. Los actos de esta especie, se llaman *negotia claudicantia*.

en el caso que por él se le irroguen perjuicios, pedir la restitucion *in integrum (restituto in integrum)* (1): 2.° todos los tutores, y aun el honorario, tienen derecho á interponer su autoridad (2): 3.° si el tutor, ó cualquiera de las personas sometidas bajo su poder celebraron algun acto con el pupilo, no puede interponer su autoridad *(tutor in rem suam actor esse non potest)*; es necesario, pues, para este caso, si el pupilo no tiene curador ó tutor honorario, nombrarle uno que preste su consentimiento (3): 4.° el tutor debe prestar la autorizacion, estando presente al acto, de palabra (4), libremente (5) y sin restricciones (6). La falta de cualquiera de estas dos condiciones, hacen nula la autorizacion (7).

§. 885. *De los protutores.*

Se llama en general *protutor (falssus tutor)* á aquel que sin ser tutor, ejerce actos de este cargo, aunque en un sentido mas estricto, hay diferencia entre estas dos especies de tutores. Efectivamente; el que sin ser tutor toma á su cargo la administracion de los bienes de un pupilo, se

(1) Fr. 6. pr. D. IV, 4.-C. 2. c. II, 25.-Véase el §. 1050.
(2) Fr. 49. D. XXIX, 2.-fr. 14. §. 1, 6. D. XLVI, 3. En cuanto á la autorizacion cuando el menor tiene muchos tutores, véase: C. 5. C. V, 59, comparada con los fr. 4; fr. 5. §. 2. D. XXVI, 8.
(3) §. 3. J. I, 21.-fr. 1. §. 13. D. XXXVI, 1.-fr. 15. pr. §. 2; fr. 18. D. XXVI, 8.-C. 5. C. IV, 38.-Nov. 72. c. 2. Mas si el interés del tutor era remoto, puede por sí autorizar el acto; fr. 1. pr.; fr. 7. pr. §. 2. D. XXVI, 8.
(4) §. 2. J. I, 21.-9. §. 5. D. XXVI, 8.
(5) Fr. 1. §. 1; fr. 17. D. ibid.
(6) Fr. 8. D. ibid.
(7) Fr. 2. D. ibid.-§. 2. J. I, 21.

llama *pro tutor, id est, qui protutore negotia gerit* (1), y tiene los mismos deberes que el verdadero tutor, si obra *animo tutoris*; sin embargo, á peticion del pupilo, puede ser separado de su cargo, cuando se demuestra que no es realmente tutor (2). El que, por el contrario, sin ser tutor interpone su autoridad en un acto del pupilo, se llama *falsus tutor* (3), y el acto debe mirarse con respecto al pupilo como un acto concluido sin autorizacion del tutor, y válido en aquello en que pueden serlo los actos de los menores, celebrados sin autorizacion de su tutor (4).

§. 886. VI. *Fin de la tutela.*—A. *Ipso jure* (5).

La tutela concluye *ipso jure*: 1.° por la pubertad del pupilo, por la muerte ó por la capitis diminucion: 2.° por la muerte del tutor, ó por la pérdida de su libertad, ó de los derechos de ciudadania (6): 3.° si el tutor es testamentario, y fue nombrado bajo condicion, ó hasta cierto dia, luego que llega éste, ó se cumple aquella (7): 4.° y último, concluye *ipso jure* la tutela, cuando siendo la madre ó la abuela tutoras, pasan á segundas nupcias (8).

---

(1) D. XXVII, 5.-C. V, 45
(2) Fr. 4. D. XXVII, 5. fr. 1. §. 3. ibid.
(3) D. XXVII, 6. *Fracm. vatic.* §. 1.
(4) Pr. J. I, 21.
(5) Pr. §. 1, 3, 4. J. I, 22.-fr. 4. pr. D. XXVII, 3.-fr. 13. pr. §. 1. D. XXVI, 1.-C. 1, 3. C. V, 30.
(6) §. 4. J. I, 22.
(7) §. 2 5. J. I, 22.-fr. 14. §. 3, 5. D. XXV, 1.
(8) C. 2, 3. C. V, 35.-Nov. 94. C. 2.-Nov. 118. c. 5.

§. 887. B. *Por disposicion judicial.*

La tutela concluye por decreto judicial: 1.° cuando alegando el tutor una escusa legítima, es declarado libre de ella (§. 874): 2.° cuando el tutor es acusado de no llenar con fidelidad sus deberes, ó cuando da motivos á sorpechar de su conducta *(tutor suspectus)*; en uno y otro caso la destitucion es necesaria, ó al menos útil al pupilo (1).

CAPITULO II.

DE LA CURATELA (2).

§. 888. I. *Nocion de la curatela.*

La curatela *(cura sive curatio)* es una carga impuesta á alguno por la autoridad, con el objeto de administrar los bienes de aquel, que por causas particulares está ó se le considera como incapaz de administrarlos por sí mismo: se llama *curador* á aquel á quien se le confiere el cargo. El curador se diferencia esencialmente del tutor, en que aquel es el administrador de los bienes de otro, éste de la persona y bienes, aunque con respecto á la administracion se apliquen á uno y otro los mismos principios (3).

§. 889. II. *Division de la curatela.*

Respecto á su extension, la curatela se divide: 1.° en

---

(1) §. 6. J. I. 22. Cf. J. I, 26. D. XXVI, 10. C. V, 48.
(2) Véanse las citas hechas en el §. 869.
(3) Por eso dice el fr. 13. pr. D. XXVII, 1, in paucissimis distant curatores à tutoribus.

curatela perfecta é imperfecta (cura plena, et minus plena), segun que contiene un derecho pleno é íntegro de administracion, ó simplemente el de conservar los bienes *(custodia bonorum)*, con el de enagenar las cosas que no puedan conservarse (1): 2.° en *curatela personal y real (cura personalis, et cura bonorum, sive realis)*; la primera se refiere al bienestar y á las necesidades personales del pupilo que está sometido á ella, por egemplo: la curatela del furioso, la del vientre *(cura furiosi, cura ventris)*; la segunda por el contrario, no se ocupa mas que de la administracion de los bienes.

A estas dos especies de curatela se añade una tercera, llamada *mixta (cura mixta)*, que comprende las funciones de una y otra (2): 3.° en curatela *general y particular*; aquella es extensiva á todos los bienes; ésta á determinado negocio *(curator ad hoc)*, v. gr.; *ad litem, ad dotem constituendam, ad alimenta præstanda* (3): 4.° en curatela *voluntaria y necesaria*; la primera se confiere á peticion de aquel que se halla sin curador; la segunda contra su voluntad: entre los romanos la curatela voluntaria es la de los *menores*.

§. 890. *De la incapacidad y excusa de los curadores.*

El curador capaz de encargarse de una curatela, está obligado á tomarla, sino tiene excusa que alegar: cuanto se ha dicho en los §§. 871 877 de la incapacidad y excusa

(1) Fr. 48. D. XXVI, 7.-fr. 1. §. 17.-24. D. XXXVII, 9.
(2) Fr. 7. pr. D. XXXVII, 10.
(3) §. 2. J. I, 23.-C. 3. C. V, 44.-C. 28. C. V, 12.-fr. 6. D. XXVII, 2.

de los tutores es aplicable á los curadores, debiendo advertir que la madre y la abuela no tienen derecho á encargarse de la curatela de sus hijos ó nietos (1), ni el esposo ni el marido pueden ser curadores de su esposa ó muger que se encuentra en un estado de mentecatez (2); ni al que ha sido tutor de un pupilo puede obligársele á que acepte la curatela del mismo (3).

§. 891. IV. *Del establecimiento de la curatela.*

Segun el derecho romano nuevo la curatela toma siempre su origen de un decreto del magistrado. El juez al nombrar un curador debe sin embargo tener consideracion con la persona que el padre ó la madre designaron en el testamento, y confirmarla si no hay motivos justos que se opongan á ello. A falta de personas nombradas en el testamento debe tener en consideracion á los parientes mas próximos del menor. El mismo Magistrado que nombra tutor puede nombrar curador (4).

§. 892. V. *Especie de curatela.* A.—*Curatela de los furiosos y de los locos.*

Los furiosos, locos y demas personas débiles de espíritu, que no estan sometidos ni á la patria potestad ni á la tutela

(1) Parece que la Nov. 94 se opone á esto, mas en realidad no se opone.
(2) Fr. 14. D. XXVII, 10.-C. 2. C. V, 34.-fr. 1. §. 5. D. XXVII, 1.
(3) §. 18. J. I, 25.
(4) §. 1. J. I, 23.-Cf. C. 7, §. 5, C. V, 70.

deben recibir un curador (1). La curatela de los furiosos era la única legítima por derecho antiguo, y pertenecia á los mas próximos agnados y *gentiles* del furioso; el derecho nuevo ha extendido la curatela á las demas personas que por su débil razon no pueden administrar por sí mismos sus propios bienes (*mente capti*, *fatui*, *dementes*) y la ha hecho dativa en todos casos (2); sin embargo el juez no puede sin un motivo particular separar de la curatela á aquel á quien designó el padre en el testamento, y si no designó ninguno á los parientes mas próximos del loco (3). El curador debe no solamente atender á la administracion de los bienes, sino es al cuidado de la persona, procurando mejorar la salud del furioso ó loco (4). Si estos tienen lucidos intervalos, durante ellos cesa la curatela, y si llegase á restablecer del todo su salud concluye enteramente (5).

§. 893. B. *Curatela de los pródigos.*

El pródigo *prodigus* en cuanto á la administracion de sus bienes es equiparado al loco; en derecho no se considera sin embargo pródigo, mas que aquel á quien la autoridad, prévia la justificacion competente, ha prohibido la administracion de sus bienes (*qui bonis interdictum est*) (6). Por derecho antiguo, la administracion de los bienes del pródigo pertenecia á sus agnados y *gentiles*, pero por derecho

(1) Fr. 3. pr. §. 1. D. XXVI 1.-D. XXVII, 10. C. V. 70.
(2) §. 3, 4. J. I, 23.
(3) Fr. 16. D. XXVII, 10. C. 7. §. 5. 6. C. V, 70. C. 27. C. I, 4. fr. 2, 4. D. ibid.
(4) Fr. 7. pr. D. ibid.
(5) Fr. 1. pr. D. XXVII, 10.-C. 6. C. V, 70.-C. 5, C. VI, 36.
(6) Ulp. XII, 2. Paulo III, 4. A. §. 7. da la fórmula: Cuando

nuevo se dispuso que el juez nombrase el curador, teniendo siempre consideracion ó procurando que el nombramiento recayera en los mas próximos parientes (1). El pródigo puede disponer libremente de su persona, pero no de sus bienes sin el consentimiento del curador excepto cuando el negocio en que intervino le dió derechos sin quedar en nada obligado (2). La curatela del pródigo se concluye tan luego como por el juez se alza la interdiccion que tenia sobre sus bienes.

§. 894. C. *Curatela de los pupilos.*

Por regla general el pupilo no necesita curador porque teniendo un tutor encargado del cuidado de su persona y bienes egerce éste las funciones de aquel (3). Esta regla sin embargo está sujeta á las excepciones siguientes: 1.° cuando el pupilo debe concluir á un acto jurídico con su tutor ó éste le promueve pleito ó existen cuestiones entre los dos (4): 2.° Cuando ciertos bienes del pupilo por hallarse distantes del punto donde éste reside con su tutor necesitan de una administracion particular (5): 3.° cuando el tutor por un

tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuus ad egentatem perducis, ab eam rem tibi ea re comercioque interdico.

(1) Ulpiano XXII, 2.-§. 3. J. I, 23,-fr. 1. pr. §. 1; fr. 15. D. XXVII, 10. Cuando el padre en su testamento declara pródigo á su hijo, y le nombra curador, el magistrado está obligado á confirmarlo, fr. 16. 1, 3. D. ibid.
(2) Fr. 10. pr. D. ibid.-C. 3. C. II, 22.-fr. 26. D. XVIII, 1.-fr. 6. D. XLV, 1.-fr. 9.-§. 7. D. XII, 1.-fr. 5. §, 1. D. XIX, 2.
(3) §. 5. J. I, 23. fr. 11, D. XXVI, 5.
(4) §. 3. J. I, 21. Nov. 72. C. 2.
(5) Fr. 21. §. 2. D. XXVII, 1.

impedimento temporal no puede entrar inmediatamente en el egercicio de sus funciones, ó cuando es suspendido de ellas (1) ó dimite temporalmente su encargo por su ausencia ó causa del estado (2): 4.° finalmente, cuando el tutor alega una excusa, ó es acusado como sospechoso (3). En todos estos casos el pupilo recibe un curador y para los actos jurídicos que tiene necesidad de concluir se nombra un tutor especial que llene la capacidad civil de aquel, este tutor es dado al pupilo por excepcion á la regla *ad certam causam*. Para pedir la herencia que por testamento se ha deferido al pupilo se le nombra tambien un tutor (4). Como la curatela del pupilo es el efecto de ciertas causas cesando estas concluye aquella (5).

§. 895. D. *Curatela de los menores.* 1.—*¿Cuándo tiene lugar?*

El hombre *sui juris* y púbero aunque menor de edad puede practicar válidamente todos los actos que ceden en su utilidad: administra sus propios bienes, y su menor edad no puede ser bastante causa para privarle de esta administracion y confiársela á un curador (6). Solo, pues, en casos particulares y por via de excepcion se nombra al menor un curador, que proteja sus intereses en los actos jurídicos importantes Asi sucede cuando intenta una accion (7), cuan-

(1) Fr. 10. §. 7, 8; 12. D. ibid.
(2) Fr. 15. D. XXVI, V.
(3) Fr, 17. §. 1. D. XLIX, 1.-§. 7. J. I, 26.
(4) Fr. 17. §. 1. D. ibid.-fr. 19. D. XXVI, 8.-fr. 9. 19. pr, D. XXVI, 5.
(5) Por ejemplo §. 3. J, I, 21.-fr. 10. §. 8. D. XXVII, 1.
(6) §. 2. J. I, 23.-fr. 13. §. 2. D. XXVI, 5.
(7) §. 2. J. ibid.-C. 1. C. V, 31.-C. II. C. V, 34.

do recibe un pago de su deudor (1), y cuando su tutor le rinde cuentas (2); fuera de estos casos no se da curador al menor como éste no le pida al juez (3); pero una vez pedido y dado le tiene durante su menor edad (4).

§. 896. 2. *Efectos de la curatela de los menores.*

Aun cuando el menor á peticion suya haya recibido curador para la administracion de sus bienes, conserva sin embargo el derecho de obligar su persona y bienes por medio de contratos ú otros actos de la vida civil aun sin el consentimiento de su curador (5). Un acto de esta naturaleza nunca es nulo, *ipso jure*, porque falte el consentimiento de su curador, si bien cuando perjudica á los intereses del menor tiene éste el derecho de la restitucion *in integrum* (*restitutio in integrum*) del que tambien puede usar, aun cuando el curador haya interpuesto su consentimiento (6). Pero si el menor quiere vender, empeñar ó hipotecar sus bienes (7) ó hacer uno de aquellos actos para los que tiene necesidad de

(1) Fr. 7. §. 2.-Fr. 27. §. 1, 2; fr. 32. D, IV, 4.
(2) C. 7. C. V, 31.-Cf. fr, 5, §. 5. D. XXV. 7.
(3) Pr. J. I, 23 comparado con el §. 2. J. ibid. fr. 13. §. 2. D. XXVI, 5. fr. 2. §. 4, 5. D. XXVI, 6.-fr. 43. §. 3. D. III. 2.-C. 6. C. V, 31.
(4) Fr. 1. §. 3. D. IV, 4.
(5) Fr. 101. D. XLV, 1.-fr. 20. §. 8. D. XXXIV, 3 comparado con el fr. 43.-D. XLIV, 7.-fr. 16. pr. D. IV, 4.-fr. 3. §. 2. D. XIV, 6.-fr. 2, §. 1. D. L, 12. C, 12. C, VI, 30.
(6) Fr. 1 fr. 29, pr.; fr. 47. D. IV, 4.-C. 3. 4, 5. C. II, 22.-C. II, 25.
(7) C. 3, C. II, 22. El curador que enagena los inmuebles del menor y las demas cosas que se reputan como tales está sujeto á las mismas disposiciones que el tutor que enagena los bienes del pupilo.

curador, segun la disposicion de la ley, para la validez de este acto es necesario el consentimiento del curador; faltando éste al acto es nulo *ipso jure*, en favor del menor, sin que tenga lugar la restitucion: mas si medió el consentimiento del curador, el acto obliga al menor quedándole á éste sin embargo salvo el derecho de restitucion si por él se le ha perjudicado (1).

§. 897. *Fin de la curatela de los menores.*

La curatela de los menores concluye. 1.° Por la muerte natural del menor ó del curador (2). 2.° Por cualquiera *capitis diminucion* que experimente el menor, y por la máxima ó media del curador (3). 3.° Por la mayor edad ó por la dispensa de edad que se concede al menor *(venia ætatis)* (4). 4.° Por alegar el curador una escusa legítima y capaz de eximirle de su cargo. 5.° Si el curador es acusado de sospechoso en la administracion (5). 6.° Y último, por llegar el dia, cumplirse la condicion ú objeto para que fué nombrado el curador, si el nombramiento fue *ad diem, ad conditionem* ó *ad certan causam* (6).

§. 898. E. *Curatela de los enfermos.*

Las personas enfermas, débiles, ó aquellas que por estar aquejadas de un padecer continuo, ó al menos muy du-

(1) Fr. 7. §. 2; fr. 32. D. IV, 4.-C. 11. C. V, 34.-C. 2. C. II. 25.
(2) Arg. §. 3. J. I, 22.
(3) Arg. §. 1. 4. J. ibid.
(4) Pr. J. I, 23.-C. 2. C. II, 45.
(5) Arg. §. 6. J. I, 22.
(6) Arg. §. 2, 5. J. ibid.-§. 3. J. I, 21.-fr. 10. §. 8. D. XXVII 1.

radero no pueden administrar sus bienes, pueden recibir un curador, pero ha de ser á peticion suya, y por solo el tiempo que les dure la imposibilidad (1).

§. 899. F. *De algunas otras especies de administracion de bienes.*

Finalmente, el derecho romano habla ó trata de otras varias administraciones de bienes, tales son: 1.° la curatela de los bienes de un deudor que los ha cedido á sus acreedores (2): 2.° la curatela *ventris et bonorum*, que tiene lugar cuando á la muerte del marido queda la muger embarazada, y su objeto es atender á las necesidades personales de ésta, y cuidar de la administracion de los bienes que un dia pertenecerán al póstumo (3): 3.° la curaleta de los bienes *ex edicto carboniano* que se da cuando alguno pone en duda el derecho del hijo impuber del difunto, que se encuentra en posesion de sus bienes, fundándose en que éste no es hijo del finado. En este caso, para que el infante sea amparado en la posesion de los bienes hereditarios, y su tutor conserve la administracion, debe prestar fianzas suficientes; sino las presta, la administracion se confiere á un curador, y las actuaciones relativas á la sucesion se suspenden hasta la pubertad del infante (4). 4.° La curatela de una herencia yacente (*cura hereditatis jacentis*) ó sea la administracion de una herencia que carece de dueño, porque el he-

(1) §. 4, J. I. 23, fr. 2. D. XXVII, 10.
(2) F. 2. pr. D. XLII. 7.
(3) F. 1. §. 17.-24. D, XXXVII, 9.-fr. 20. pr. D. XXVI, 5 fr. 8. D. XXVII: 10.-f. 48. D. XXVI, 7.
(4) D. XXXVII, 10.

redero no ha manifestado si la acepta ó repudia (1): 5.° la curatela de los bienes de un ausente *(cura bonorum absentis)*, ó sea aquel que se ha ausentado sin dejar persona que le represente (2).

CAPITULO III.

DE LA ADMINISTRACION DEL TUTOR Y DEL CURADOR.

§. 900. I. *Deberes de los tutores y curadores al entrar en el ejercicio de sus funciones.*

El tutor y curador tienen el derecho y el deber de administrar los bienes confiados á su cuidado (3); por eso todo tutor y curador, aun la madre que se encarga de la tutela de sus hijos, están obligados al entrar en el ejercicio de su cargo á formar inventario de los bienes de la tutela, á no ser que proviniendo ésta de una herencia, lo prohibiera expresamente el testador. El padre del pupilo no puede prohibir la formacion del inventario sino cuando le haya dejado algunos bienes (4). El tutor ó curador que no forman inventario son responsables de todos los daños y pérdidas que su omision produzca, y aun pueden ser acusados como sospechosos (5).

(1) Fr. 3. D. ibid. fr. 1. §. 4, in fine D. L. 4, fr. 22. §. 1. D. XLII, 5.

(2) Fr. 1. §. 4. D. L, 4.-fr. 22. §. 1. D. XLII, 5:-fr. 15. pr. D. IV, 6.-C. 3. C. VIII, 51.

(3) D. XXVI, 7,-C. V. 37, 38, 55.

(4) C. ult. §. 1. C. V. 51. Comparada con la C. 22. C. V. 37.-Nov. 117. C. 1.

(5) F. 1, §. 1; fr. 7. pr. D. XXVI. 7.-C. 24. C. V. 37.

§. 901. II. *Durante la administracion.*

El tutor y curador como administradores de los bienes del pupilo ó menor están obligados á conservarlos, aumentarlos y procurar sus mayores rendimientos (1). De aqui se deduce que deben prestar en esta administracion igual solicitud y cuidado que en la de sus propios bienes; que son responsables del daño ó menoscabo que su omision cause (2), á no ser que sea debido á falta de su antecesor ó á caso fortuito (3). El producto de los bienes del pupilo debe invertirse en atender á los gastos que ocasione la educacion y manutencion del mismo, y al pago de las deudas (4) sin distraerlos á otro objeto, excepto el de dar alimentos á los hermanos y hermanas pobres del pupilo (5). Los tutores y curadores no pueden enagenar los bienes que en tal concepto administran, sino es observando las formalidades siguientes (6): (*a*) están no solo autorizados, sino tambien obligados á enagenar las cosas que no pueden conservarse, bajo pena de responder del daño que sobrevenga (7). (*b*) Los

(1) F. 5. pr.; fr. 7. §. 3.; fr. 13. §. 1; fr. 15; fr. 22, §. 1, 2; fr. 46. §. 7. D. XXVI. 7.-C. 22, 24. C. V. 37. C. V. 56.-Nov. 72. c. 6-8.

(2) F. 1, pr. 27. 3. Cf. fr. 10; fr. 33. pr. D. XXVI. 7.-C. 7. C. V. 51.

(3) C. 4. C. V, 38. Cf. fr. 37. §. 1. D. III, 5: fr. 35. D. XII; 1, fr. 4. D. XXVII. 8.

(4) Fr. 9. §. 5.; fr. 13. §. 2. D. XXVI. 7.-C. 1, 2. C. V. 50.

(5) Fr. 22.; fr. 46, §. 7; fr. 12. §. 3, D. ibid.-fr. 12. §. 3; fr. 13. §. 2. D. ib.-fr. 1. §. 4, 5, D. XXVII, 3.

(6) D. XXVII. 9.-C. V. 71, 74.

(7) C. 22. in fine. C. V, 37. Cf. C. 28. §. 5. C. ibid.-C. 4, C. V. 72.-fr. 7. §. 1. D. XXVI, 7.

inmuebles ó muebles que son capaces de conservarse no pueden ser enagenados ni empeñados sino es por estrema necesidad, para pago de deudas urgentes (1) y con autorizacion judicial prévia justificacion de estos estremos (2); se exceptuan de la regla los casos siguientes: cuando el padre del pupilo permitió en su testamento la enagenacion: cuando el príncipe la autorizó por un rescripto (3): cuando un tercero tiene derecho de exigirla (4): cuando el tutor da en prenda á un tercero una cosa ya empeñada, por los fondos que aquel le ha suministrado para pagar al primer acreedor prendario; en cuyo caso las condiciones de la segunda prenda no pueden ser mas desventajosas que las de la primera (5): cuando vende la cosa agena empeñada al pupilo (6): cuando hace pagos, préstamos ó adquisiciones (7): y finalmente cuando tiene que prestar una fianza judicial en favor del púpilo (8). Cualquiera otra enagenacion hecha sin autorizacion judicial, es nula (9), y el menor puede invalidarla, probando el vicio de que adolece (10), sin que quede obligado para con el tercer adquirente en mas que aquello en que se utilizó (11). La nulidad que nace de la falta de autoriza-

(1) Fr. 5. §. 14. D. XVII, 9. C. 12. C. V, 71.
(2) C. 22. C. V, 37. C. 13. C. V. 71.
(3) F. 1. §. 2, 3, fr. 14. D. XXVII, 9.-C. 2, 3, C. V, 72.
(4) F. 1. §. 2; fr. 5. §. 6. D. ib. C. 2, 15, 17. C. V, 71.-C. 1. C. V, 72.
(5) F. 7. §. 5, 6. D. XXVII, 9.
(6) F. 5. §. 3. D. ib.
(7) C. 23, 24. C. V, 37.
(8) C. ult. §. C. ibid.
(9) C. 14, 15, 16, C. ibid.; fr. 5. §. 15. D. XXVII, 9. C. V, 73.
(10) Fr. 1. §. 2; fr. 5. §. 15. D. ibid. C. 2. C. V, 73. Arg. fr. 5. §. 1. D. XXII, 3.
(11) C. 10, 16. C. V, 71.-C. 16. C. V, 37.-fr. 10. D. XXVII, 9.

cion judicial se subsana si cumpliendo el menor la mayor edad rectifica la enagenacion, ó cuando, aunque le sea perjudicial, no reclama contra ella en los cinco años siguientes á la mayor edad, porque ni el menor ni su curador, aunque obtengan la autorizacion judicial, pueden hacer donaciones; aquel á cuyo favor las han hecho no tiene asegurada la propiedad irrevocable de las mismas, hasta que se haya cumplido la prescripcion ordinaria, cuyo tiempo comienza á correr despues de cumplida la mayor edad (1).

§. 902. III. *Al salir de su cargo.*

El tutor y curador al dejar su cargo estan obligados á dar cuentas al pupilo ó menor de su administracion (2), y de este deber no puede dispensarles ni el padre del pupilo, ni el príncipe, ni persona alguna, sino es el mismo menor despues que haya salido de la tutela ó curatela (3). Si el tutor da cuentas al pupilo, para recibirlas debe éste estar acompañado de un curador (4). El inventario es la base de estas cuentas, que deben ser presentadas con claridad y justificacion, y concluidas el curador debe devolver al menor sus bienes con los frutos que hayan producido desde el dia en que se finalizaron las cuentas. El pupilo, el menor, y el loco tienen una hipoteca legal en todos los bienes del tutor para asegurar la fidelidad en la administracion de la tutela ó curatela, la

(1) C. 2, 3. C. V, 74.
(2) D. XXVII. 3.
(3) F. 9. fr. 20 §. 1. fr. 28, §. 4; fr. 31 §, 2. D. XXXIV, 3.
(4) §. 2, J. 1. 23; fr. 9, §. 4, D. VXVIII, 3.

restitucion de los bienes ó los daños é intereses que deban prestar: los pródigos, enfermos y ausentes no tienen este derecho (1). Ultimamente debemos advertir que el tutor y curador mientras lo son, y hasta que hayan sido aprobadas sus cuentas, no pueden celebrar contrato alguno con el fisco, bajo pena de falsedad del acto (2).

§. 903. IV. *De las acciones que resultan de la gestion de la tutela y curatela*

La administracion de una tutela produce entre el pupilo y el tutor 1.° una obligacion *cuasi excontractu.* La ley concede al efecto la accion directa de tutela *(actio directa tutelæ)*, al pupilo para que pida á su tutor el cumplimiento de sus obligaciones especialmente de las que se refieren á la administracion de los bienes. El tutor por su parte tiene la accion de tutela *(actio tutelæ contraria)* para pedir la restitucion de aquello que durante su administracion gastó de sus propios bienes en utilidad del menor (3). La primera de estas dos acciones se da por analogia útilmente *(utiliter)* contra el curador, asi como la segunda se concede á éste contra el menor, cuyos bienes administró (4). El pupilo tiene contra el protutor la accion *pro tutelæ* directa, asi como éste contra el pupilo, la accion *pro tute*-

(1) C. 20, C. V: 37. C, ún. §. 1. C. V, 13, C, 7. §, 5, C. V, 70-Nov. 118, C, 5, in. fine.
(2) F. 1. §. 9, -12, D. XLVIII, 10: fr. 49. D. XIX, 2,-C. ún. C. V, 41.
(3) §. 2, J. III, 27, (28). D. XXVII, 3, 4,-C. V, 51,-54,
(4) F. 1. §. 2, D. XXVII, 4; fr. 26, §. 1. D. XXVII, 3.-C. 3. C. V, 51.

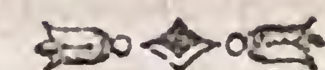
la contraria (1). 2.° El tutor y curador que distraen ó malversan los bienes del pupilo ó menor, pueden ser perseguidos por la accion de *distrahendis actionibus.* Esta accion es penal, y tiene por objeto la restitucion del doble de lo que se distrajo ó malversó (2).

CAPITULO III.

DEL DERECHO DE SUCESION.

SECCION PRIMERA.

NOCIONES PRELIMINARES Y GENERALES.



§. 904. I. *Sucesion en general.*

La palabra sucesion se adopta generalmente, siempre que una persona se coloca en el lugar y grado, y tambien en los derechos de otra. Relativamente á los bienes, la sucesion se divide en sucesion entre vivos (*succesio inter vivos*), y en sucesion por causa de muerte (*succesio mortis causæ*), segun que se sucede en los derechos ó en los bienes de una persona viva, ó de un difunto. Una y otra se subdividen, en sucesion *universal* (*succesio per universitatem, succesio universallis*) y en sucesion *por título particular* (*succesio in singulam rem, succesio singularis*); en la primera se sucede en

(1) D. XXVII, 5.
(2) F. 1, §. 19. -24; fr. 2. D. XXVII, 3,

todos los bienes del difunto, considerados como una universalidad de cosas (*in universum jus*); es decir, se sucede en todos los derechos y obligaciones: en la segunda no se sucede mas, que en los derechos particulares (1): en este libro solo trataremos de la sucesion universal y particular por causa de muerte (*succesis mortis causa*, *universalis et singularis*), es decir, de las herencias y legados.

§. 905. II. *Nocion de la sucesion.*

La muerte de una persona extingue en ella todos los derechos de familia, pero los que tiene sobre sus propios bienes, pasan generalmente á otros.

1.° El patrimonio de un difunto, considerado como un todo jurídico, como una universalidad, se llama *herencia* (*hereditas*) en el sentido *objectivo*, ó *patrimonium defunti, bona defunti, universum jus defunti*, tambien se llama *familia* (2). La herencia, pues, se compone de todos los derechos activos y pasivos, que pertenecian al difunto (3), á excepcion de aquellos que, siendo puramente personales, se extinguen con su muerte (4).

2.° El derecho que uno tiene á los bienes del difunto, se llama en el sentido subjetivo, *derecho de sucesion* (*hereditas*); aquel á quien pertenece este derecho, *heredero* (*hæres*); el cual, cuando entra á ocupar el lugar del difunto y adquiere sus derechos, se dice que le sucede (*succedit in universum jus defunti*), lo que tambien se llama *succesio* (1). La idea, pues, de sucesion y de derecho de sucesion, suponen necesariamente la muerte de alguno (*hereditas viventis non datur*) (2).

---

(1) Gajus III, 78.-84. J. III, 10, (11), 12, (13) presentan egemplos de una sucesion universal entre vivos.

(2) Por egemplo: tít. Dig. y Cód. *familiæ ercircundæ*. Lex XII. Tab. agnatus proximus familiam habeto. Ulpiano XXVI, 1.

(3) Fr. 3. pr. §. 1. D. XXXVII, 1. fr. 119, 208. D. L. 16; fr. 50. pr. D. V, 3.

(4) Fr. 1. §. 43. D. XLIII, 20.-C. 14. C. III, 33.

§. 906. III. *Del heredero ó sucesor universal.*

El heredero (*heres vel succesor universalis mortis causa*) es aquel que sucede activa y pasivamente en todos los bienes del difunto (*qui succedit in universun jus, quod defuntis habuit*). El heredero sucede no solamente en los derechos y créditos, sino es en las obligaciones del difunto, con el cual debe considerarse respecto á sus bienes, como una misma persona, puesto que le representa en todos sus derechos y deberes (3). Poco importa que sean uno ó muchos los que sucedan en los bienes del difunto, porque en este caso cada uno es heredero de la universalidad de los bienes; es decir, de todos sus derechos y todas sus obligaciones, aunque cada uno no tenga derecho mas que á la parte á que ha sido llamado (*prorrata*). Si solo hay un heredero, se llama *heres*

---

(1) Fr. 62. D. L, 17; fr. 24. D. L, 16. Nihil aliud est hereditas, quam succesio in universum jus quod defunctus habuit. Tómase tambien muchas veces la palabra *succesio* en el sentido objetivo por herencia, por egemplo: fr. 19. D. V, 2.-C. 10. C. III, 36. C. 2. C. VI, 15. C. 3. C. VI, 58. C. 9. C. VI, 59.

(2) Fr. 1. D. XVIII, 4. fr. 19. D. XIX, 2.

(3) Fr. 37. D. XXIX, 2: heres in omne jus mortui non tantum singularum rerum dominium succedit.-fr. 24, 208. D. L, 16. -fr. 11.-D. XLIV, 3.-Cf. fr. 34. D. XLI, 1.-fr. 31. §. 1. D. XXVIII, 5.-fr. 13. §. 5. D. XLIII, 24.-fr. 1. pr. D. I, 8.

pro asse, ó *heres solus*: si por el contrario son muchas las personas llamadas á suceder, se llama á cada uno, respecto á la herencia *heres ex parte*, y respecto á los que con él heredan *coheredero* (*coheres*). El heredero es, ó directo (*heres directus*), cuando sucede inmediatamente al difunto, ó *fideicomisario* (*heres fideicomisarius*), cuando se le transmite el todo ó parte de la herencia por el heredero directo, que se llama heredero *fiduciario* (1).

§. 907. IV. *Del sucesor particular.*

El sucesor particular, generalmente es aquel que solo sucede en los derechos particulares del difunto; bien suceda en uno ó en muchos derechos (2); por lo mismo se diferencia siempre del heredero. Efectivamente no hay unidad de personas entre el sucesor particular y el difunto, como la hay entre éste y el heredero, ni el sucesor particular está obligado á las deudas del difunto, á no ser que se le haya legado una cosa hipotecada, en cuyo caso tiene que reconocer el derecho de hipoteca que afecta á la cosa como una carga de la misma (*onus rei*), y puede ser demandado por medio de la accion hipotecaria, como cualquier otro poseedor de la cosa hipotecada (3), sin que por eso se obligue personalmente para con el acreedor en el concepto de heredero. A los sucesores particulares por causa de muerte pertenecen el *legatario*, (*legatarius*), *el*

(1) §. 2. J. II, 23.-Véanse los §§. 1,026, 1,030.-1,032.
(2) La donacion de todos los bienes que se hace por causa de muerte ó entre vivos, jamas produce mas que una sucesion á título particular: véase §. 731.
(3) C. 2, 7, C. IV, 16.-fr. 16. §. 3; fr, 17. D. XX, 1.-Cf. fr. 34. §. 2. D. XXXII.

fideicomisario por título particular (*fideicomisarius singularis*), y el *donatario* por causa de muerte: (*donatarius mortis causa*).

§. 208. V. *De la capacidad de suceder.*

No solo el heredero, sino es que tambien el sucesor particular deben ser capaces de suceder. El derecho romano declara incapaces de suceder, bien sea por testamento, bien abintestato: 1.° á los hereges y apóstatas (1): 2.° á los reos de alta traicion, sus hijos é hijas, bien que éstas pueden recibir de su madre la legítima (2), 3.° á los condenados á muerte (3): 4.° á las corporaciones ilícitas ó no autorizadas por el estado (4): y 5.° á todas las mugeres *turpes et probrosæ* (5). Lá viuda que pasa á segundas nupcias dentro del año de duelo, no puede adquirir por testamento ni abintestato nada de sus parientes dentro del tercer grado (6). En otro lugar trataremos particularmente de las personas incapaces de adquirir por testamento y abintestato.

§. 909. VI. *De la delacion y adquisicion de la sucesion.*

Es necesario distinguir en la sucesion, la delacion de la adquisicion verdadera. La delacion de la herencia tiene lugar, (*hereditas delata est*), cuando por cualquiera causa se

(1) C. 4, 5, C. I, 5.-C. 3. C, I, 7.
(2) C. 5. §. 1. 3. C. IX, 8.
(3) Fr. 13. D. XXXVII, 1.
(4) C. 8. C. VI, 24.-Véase §. 143, 145, 651.
(5) Fr. 41. §. 1. D. XXIX, 1.-fr. 2, §. 2; fr. 13; fr. 14. D. XXXIV, 9.-C, 5. C. VI, 21.
(6) C. 1, C. V, 9.-Cf. §. 537.

ofrece esta á alguno que es capaz de adquirirla (1). La adquisicion por el contrario (*heræditas adquisitas est*), consiste, en que aquel á quien se defiere la sucesion, la adquiere realmente, y se hace heredero. La adquisicion de una herencia supone, pues, necesariamente que ha sido antes deferida, y la delacion, que el heredero ha sobrevivido al difunto (2).

§. 910. VII. *De las causas de delacion.*—A. *En general.*

La delacion de una herencia se funda por derecho romano ya en un testamento del difunto, ya en defecto de éste en una disposicion de la ley. Hay, pues, dos especies en el órden de la sucesion, la *testamentaria* (*succesio testamentaria*) y la *legal ó abintestato* (*succesio abintestato sive legitimia*) (3). El derecho romano no reconoce la convencion como fuente del derecho de suceder (4).

§. 911. B. *Relacion entre la sucesion testamentaria y abintestato.*

Las dos especies de órdenes de suceder de que acabamos de hablar, estan entre si en la relacion siguiente. La sucesion testamentaria se prefiere á la legitima, en cuanto es posible (5). En derecho romano son incompetibles los

(1) Fr. 151. D. 4, 16. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.
(2) Fr. 19. D. XXIX, 2.
(3) §. 6 in fine. J. II, 9.-fr. 39. D. XXIX, 2.
(4) C. 30. C. II, 30.-C. 5. C. V, 14.-C. 4. C. VIII, 39.-Cf. fr. 29, §. 2. D. XXXIX, 5.-fr. 61. D. XLV, 1.-C. 19. C. II, 3.
(5) Fr. 39, D. XXIX, 2: quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.-C. 8. C. VI, 59.

dos órdenes en una misma sucesion de modo que no pueden existir simultáneamente: á este principio se refiere la regla ó el axioma de derecho romano tan digno de notarse *nemo pro parte testatus, pro parte intentatus decedere potest* (1). Esta regla no se aplica á las sucesiones de los soldados (2) y tiene varias excepciones respecto á las de los habitantes del campo (3).

§. 912. VIII. *Hereditas et bonorum possessio.*=*A nocion y diferencia entre ellas.*

El órden de suceder por testamento y abintestato entre los romanos se funda, ó en el derecho civil, ó en el edicto del pretor. En el primer caso se llamaba *hereditas*, y aquel que era llamado á suceder, *heredero* (*hœres*); en el segundo *bonorum possessio*, y al llamado *bonorum possessor* (4). Lo que dio origen á estas *bonorum possessio* fue, que el pretor por su edicto admitió gradualmente al derecho de sucesion en calidad de herederos á muchas personas que no tenian derecho alguno: serviáse al efecto de la

(1) F. 7, D. L, 17, Jus nostrum non patitur cumdem in paganis et testato et intestato decessisse: carumque rerum naturaliter inter se pugna est. - §. 5. J. II, 14. -Ciceron. *De invent.* 11, 21. Sobre las consecuencias y los efectos de esta regla: fr. 1, D. XXIX, 2, fr. 1, §. 4; fr. 9, §. 13: fr. 74, D. XXVIII, 5,-fr. 41, §. 8, in fine. - D. XXVIII, 6, §. 9 J. II, 14, fr. 34, D. XXVIII, 5, -C. 20, C. VI. 30.
(2) Fr. 6. D. XXIX, 1. Miles enim pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus. - §. 5, J. 11, 14. - fr. 14 §. 4; fr. 17, pri. fr. 37, D. ibid, C. 1, 2, V. VI, 21.
(3) En la rescision parcial de un testamento inoficioso, fr. 15, §. 21, fr. 24, D. V, 2.
(4) Gajus III, 25 - 38, -Upiano, XXVIII, - J, III, 9, (10). D. XXXVII, XXXVIII C. VI, 11, -13, Thef. *ad inst.* III, 9.

forma de dar á alguno la posesion de los bienes, (*missio in bona*), y de aqui viene la expresion, *bonorum possessionem dabo.* Al mismo tiempo daba tambien, al que habia prometido la *bonorum possessio*, el interdicto *quorum bonorum* contra el poseedor de la herencia y de los bienes á ella pertenecientes, con el fin de que se les restituyesen (1). Para adquirir esta *b. p.* era necesario que aquel á quien se concedia por el edicto del pretor la pidiera ante éste. El *b. possessor* no se hacia precisamente heredero, pero se le consideraba y trataba como á tal; concediéndole la ley todos los derechos é imponiéndole las mismas obligaciones que al heredero, (*ex hercedis loco*) (2).

Extendido y perfeccionado poco á poco el derecho de sucesion pretoriana, vino al fin el pretor á establecer en su edicto un sistema completo de sucesion testamentaria y abintestato, cuyo sistema se aplicaba á todas las personas que debian aprovecharse del beneficio de la *b. p.*, tanto á los *herederos* civiles, como á los que no tenian esta cualidad, pero que se les daba la *b. p.* si querian pedirla. Tambien determinó el pretor el órden que habia de observarse para pedir la *b. p.* los que tenian derecho á ella, y prescribió el término improrogable dentro del cual útilmente podrian reclamarla (3).

§. 913. B. *De las diversas especies de bonorum possessio.*

La palabra *bonorum possessio*, cuando se aplica á los

(1) Gajus III, 34; IV, 144, -§. 3, J. IV, 15, -D. XLIII, 2, -C. LIII, 2.
(2) Gajus III, 32;IV, 34.-§, 2, 7. J.III, 9|, (10), cf. fr. 2, D. XXXVII, 1, -§. 138, D. L, 16, - fr. 117 : fr. 125, §. 1, D, L, 17.
(3) §. 4, 7. J. III, 9. (10) D. XXXVIII, 15.

bienes relictos por el difunto, comprende en el sentido general dos especies de casos esencialmente distintos. En el uno se adquiere, bajo el nombre de *bonorum possessio*, un verdadero derecho de sucesion (pero solamente pretoriano) que podria llamarse *bonorum possessio* en su genuino sentido; en el otro el derecho de sucesion es incierto, y no se adquiere por él, sino una posesion precaria, y el derecho de tomar alimentos de los bienes que se poseen, (*missio in possessionem bonorum defuncti*) (1). En este lugar hablaremos de la *b. p.* en su verdadero sentido, que se divide 1.° en *edictalis* y en *decretalis*. Edictalis es el caso en que se confiere á alguno segun la fórmula del edicto, y en el que puede simplemente pedirla por el edicto sin necesidad de que preceda informacion (*causœ cognitio*) ni de decreto. Es *decretalis* en el caso, en que no hallándose comprendido alguno expresamente en las palabras del edicto, cree sin embargo puede pedirla segun su espíritu; y para conferirla han de preceder informacion de causa y decreto particular del pretor que la confiere (2). La *b. p.* edictal es en fin la regla, la decretal, la excepcion. 2.° Relativamente á los herederos civiles la *b. p.* es siempre *utilis*: esto es, el heredero no necesita de ella para llegar á serlo, pero si la pide adquiere los beneficios de la misma y principalmente el interdicto *quorum bonorum* (3). Por el contrario, con relacion á aquellos que no son llamados á la herencia mas que por el edicto del pretor, es *necesaria*, es decir, que sin ella no pueden ser llamados. Finalmente la *b. p.* se divide en *b. p.*

(1) En los §§. 984 al fin y 993 se hablará de estas tomas de posesion de los bienes de un difunto.
(2) Por ejemplo fr. 6. D. XXXVIII, 6.-fr. 4. D. XXXVII, 8.-fr. 1. §. 7. D. XXXVIII, 7.
(3) Fr. 2. §. 21. D. XXXVIII, 17.-C. 13. C. VI, 30.

cum re sive cum effectú, y en *b. p. sine re , sive sine effectu*; la primera es aquella por la que el heredero pretoriano, que ha solicitado, conserva la herencia, la segunda, cuando se le quita nuevamente por un heredero civil mas próximo (1).

§. 914. C. *Del órden de sucesion en la bonorum possessio.*

La *b. p.* se daba ó concedia por el órden siguiente (2): en primer lugar se daba la *b. p. contra tabulas*, *sive contra nuncupationem* á los herederos *suyos* (sui) y á los emancipados que sin la emancipacion serian (sui) preteridos en el testamento del padre (3); faltando éstos, ó no habiéndoles preterido se les concedia la *b. p. secumdum* (*justa adversus*), *tabulas sive nuncupationem*, mediante un testamento válido no solo por derecho civil, sino es tambien por derecho pretorio (4); sino habia testamento, en fin, se concedia la *b. p.* abintestato.

Por derecho nuevo la *b. p.* se concede desde luego á los hijos (*liberi*), despues á los herederos legítimos, (*legitimi*), despues á los cognados, y últimamente ex edicto *unde vir et uxor*, al cónyuge que sobrevive (5). Toda *b. p.* pedida por el órden establecido en el edicto perpétuo se llamaba siempre *ordinaria* (*ordinaria*); cualquiera otra que no pertenecia á una clase determinada, *extraordinaria* (*extraordinaria*), tales eran v. gr., los casos de la *b. p. decretalis* (6).

(1) Gaj. II, 148, 149. III, 35, 37.-Ulp. XXVIII, 13.
(2) Ulp. XXVIII, 1.-fr. 6. §. 1. D. XXXVII, 1.
(3) §. 3. J. III, 9, 10. D, XXXVII, 4-7. C. VI, 12.
(4) §. 3. J. ibid.-D. XXXVII, 11. C. VI, 11.
(5) §. 3. J. ibid.-III, 5, 6. D. XXXVIII, 6.-12.-C. VI, 14, 15, 18.
(6) Fr. 5. §. 3. D. XXXVII, 5.-fr. 3. §. 14-16. D. XXXVII, 10.

SECCION II.

DE LA DELACION DE LA SUCESION.

CAPITULO PRIMERO.

DEL ORDEN DE SUCESION ABINTESTATO (1).

TITULO I.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO JUSTINIANEO.

§. 915. I. *¿Cuándo se concede la sucesion abintestato?*

La sucesion abintestato comienza generalmente tan luego como no existe heredero testamentario ó no hay esperanza que exista (§. 911) (2): asi la sucesion intestada tiene lugar: 1.° cuando el difunto no hizo testamento: 2.° cuando el que hizo es nulo desde el principio: 3.° cuando el testamento si bien válido en un principio, se invalidó despues, y el pretor no podia dar la *b. p. secumdum tabulas*. En el primero y segundo caso comienza el órden de sucesion intestada desde la muerte del difunto; en el tercero por el

(1) Fuentes del derecho antiguo: Gaj. III. 1-31.-Epit. Gaj. II, 8.-Ulp. XXVI, Paulo IV, 8-10.-*Col. leg. mos et rom.* XVI.-Cod. Th. V, 1.-J. III, 1-6. D. XXXVIII, 16-17.-C. VI, 55, 59.-Para el derecho nuevo en particular. Nov. 118.-Nov. 127. pr. y c. 1.
(2) Pr. J. III, 1.-fr. 39. D. XXIX, 2.-C. 8. C. VI, 59.

contrario, es necesario distinguir si el testamento se invalida antes ó despues de la muerte del testador. Si antes de que muera, la sucesion intestada comienza desde el momento de morir; si despues, desde el momento en que se declara que no hay heredero testamentario (1).

§. 916 y 917. *Del derecho de suceder.*

La capacidad de suceder ab intestato, ó el derecho *in abstracto* de suceder ab intestato supuesta la capacidad general de suceder, se funda segun el derecho romano Justinianeo (2).

1.° Principalmente en el parentesco de sangre con el finado, sin distinguir la cognacion de la agnacion (3); mas en general el parentesco debe ser legítimo. Respecto á los hijos ilegítimos. (a) Los incestuosos son incapaces de suceder á su padre y parientes paternos ni á su madre, ni parientes maternos, que tampoco les suceden á ellos (4). (b) Los adulterinos, y los bastardos *(adulterini, spurii, et vulgo quæsiti)* suceden como hijos legítimos á su madre y á los parientes de ésta, que á su vez les suceden á ellos (5). (c) Los hijos naturales suceden igualmente como hijos legítimos á su madre y parientes de la línea materna asi como estos les suceden á ellos, pero no son generalmente herederos de su padre, ni parientes por línea paterna, sino es en el caso de que éste fallezca sin hijos y no tenga muger legítima, en cuyo caso suceden en

(1) §. 6. J. III, 2.-fr, 2.-§. 5. D. XXXVIII, 16.
(2) Nov. 118.-Nov. 127. pr. c. 1.
(3) Nov. 118. c. 4.-La afinidad no da derecho alguno á la sucesion. C. 7. C. V, 59.
(4) C. 6. C, V, 5.-Nov. 74. c. 6.-Nov. 89. c. 15.
(5) §. 4. J. III, 5.- §. 3. J. III, 4.-C. VI, 57.

la sesta parte de la herencia que dividen con su madre (1). (d) Los hijos ilegítimos, legitimados posteriormente, se equiparan á los legítimos (2). (c) Los hijos nacidos de un matrimonio putativo suceden á su padre y madre, y á los parientes de éstos como si fueran legítimos, pero solo el padre y la madre que estan de buena fe son admitidos á la sucesion recíproca de los hijos (§. 812); finalmente (f), es digno de observarse que en toda la línea del parentesco natural ninguna persona capaz de suceder puede existir entre el difunto y el heredero.

2.° La adopcion sirve tambien de base á la sucesion intestada (§ 851, 852). (a) Los arrogados y los hijos dados en *adopcion á su ascendiente natural* suceden á su padre adoptivo, y á los agnados de éste asi como éstos suceden recíprocamente al arrogado ó adoptado (3) pero no son admitidos á la sucesion de la muger de su padre adoptivo, ni á la de los parientes de la misma (4). (b) Los hijos dados en adopcion á cualquiera otra persona (*extraneo*) son capaces de suceder á su padre adoptivo, pero éste no les sucede; asi como ellos no son admitidos á la herencia de los agnados (5). (c) Los hijos adoptados por una muger, suceden á su madre adoptiva; pero no á los parientes de ella (6). Por otra parte la capacidad de suceder fundada en la adopcion, presupone que el vínculo ó lazo que ésta constituye, subsiste á la muerte del difunto (7), cuya hipótesis facilita la compren-

(1) Nov. 118. c. 5.-Nov. 96. c. 12. §. 4, 6.
(2) C. 10. C. V. 27.-Nov. 89. c. 8; C. 9. §. 1.-Nov. 74. c. 2.
(3) §. 2. J. I, 11. C. X, pr. §. 5. C. VIII, 48.-§. 2, 14. J. III, 1.
(4) Fr. 23. D. I, 7.
(5) C. 10. §. 1. C. VIII, 48.
(6) C. 5. C. ibid.
(7) §. 11. J. III, 1.

sion de lo que dispone la Nov. 118, que los hijos adoptados de cualquier especie suceden á sus padres naturales, como estos les suceden á ellos, y la razon es porque el parentesco de sangre entre los hijos adoptados y los padres naturales que segun la Nov. 118, sirve de base al derecho de suceder no se extingue por la adopcion. Mas lo que hay de cierto es que el adoptado por un extraño (*extraneo*) sucede *como hijo* á sus padres naturales, lo mismo que sucedia antes de publicarse la novela; pero es aun cuestionable si el arrogado y el hijo adoptado por un ascendiente concurren á la sucesion de su padre natural en la primera clase como hijo ó en la cuarta como simple pariente.

3.° Ultimamente, hay otras muchas personas que por causas particulares y bajo ciertas condiciones (§. 927.-930) adquieren el derecho de suceder abintestato. El heredero ademas, debe ser capaz de suceder sin interrupcion desde el momento en que comienza el órden de la sucesion (§. 915), hasta que cede la herencia (1). Poco importa que el heredero haya nacido ó se halle simplemente concebido al tiempo de conferirse la sucesion, porque el póstumo, si nace hombre vivo, capaz de vivir y en tiempo útil, puede hacer valer su derecho de sucesion, como si hubiese ya nacido en el momento en que falleció la persona, cuya herencia reclama.

§. 918. III. *Del órden de sucesion.—A. En general.*

Todas las personas que tienen el derecho *in abstracto* de suceder abintestato (§. 916), no concurren simultáneamente

(1) Fr. 1. §. 4. D. XXXVIII, 17.-Cf. §. 4. J. II, 19.-fr. 49. §. 1; fr. 59.-§.4. D. XVIII, 5.-fr. 54. D. XIX, 2.

á la sucesion; la ley, por el contrario, establece entre ellas cierto órden, que se llama órden de suceder (*in concreto*) (*ordo succedendi*). En la sucesion de los parientes se funda este órden mas bien en la especie de parentesco entre el finado y sus herederos que en la proximidad ó grado, puesto que se apoya en aquel principio de que la herencia desciende, asciende ó se divide entre los colaterales. Para dar una idea mas fácil de este órden de suceder, se han dividido los parientes capaces de suceder abintestato en cuatro clases. En la primera suceden los descendientes del difunto, sin distincion de grados, siempre que no tengan en su línea entre ellos y el difunto otro descendiente intermedio, que viva: en la segunda los ascendientes mas próximos en grado, los hermanos y hermanas carnales del difunto, y los hijos de aquellos y éstas, muertos antes que la persona á quien suceden: en la tercera los hermanos y hermanas unilaterales del difunto, y los hijos de unos y otras que murieron antes de aquel: en la cuarta los demas parientes colaterales mas próximos en grado, que no se encuentran en la segunda ni tercera clase, sin distincion entre los carnales y unilaterales.

§. 919. B. *Principios particulares.*

A las cuatro clases de que acabamos de hablar, se aplican los principios siguientes:

1.° La clase anterior excluye á la posterior, de tal modo, que mientras existan personas que pertenezcan á aquella, ningun heredero de ésta pueda venir á la sucesion.

2.° En la sucesion de un ascendiente, sus nietos, viznietos, etc., concurren en virtud de un derecho de representacion ilimitada, por el cual ocupan el lugar de sus padres,

y reciben igual porcion que éstos si viviesen recibirian. Este derecho de representacion no era aplicable por el antiguo derecho romano mas que en favor de los descendientes del difunto, respecto de los que no sufria limitacion alguna. Justiniano le hizo extensivo á los hijos é hijas de los hermanos y hermanas del difunto, ya fuesen carnales, ya unilaterales, pero excluyó á los nietos de los hermanos y hermanas, que desde esta época no concurren á la sucesion, ni en la segunda, ni tercera clase, sino es solamente en la cuarta (1). Ademas, la eficacia de este derecho no depende, ni entre los descendientes del difunto, ni entre los hijos é hijas de los hermanos y hermanas, de que aquel á quien la ley autoriza para que se coloque en el lugar y grado de su padre ó madre muertos, le haya realmente sucedido.

3.° Las cuatro clases se someten á una sucesion de grados y de órdenes (*succesio et gradum ordinum*), es decir, cuando el primer llamado de una clase falta, y no tiene coherederos, á los cuales acrezca su parte, ó cuando faltan tambien éstos, la herencia pasa á aquellos que en la misma clase son llamados los primeros, despues de los que han faltado, (*succesio gradum*). Pero cuando en la clase á que pertenecen los herederos primeramente llamados, y que han faltado, no hay ninguno capaz de suceder, ó vienen á faltar todos, siguiendo el órden por la sucesion de grados, la herencia pasa á los primeros llamados de la clase siguiente (*succesio ordinum*) (2).

(1) Nov. 118. C. 3. ver.: si autem defuncto fratres: si superstes essent. Nov. 127. pr. ver. meminimus et illius ferentes portiorem.

(2) Esta sucesion por grados y por órdenes tuvo su fundamento en el edicto sucesorio del pretor. D. XXXVIII, 9. Justiniano la hizo extensiva al órden antiguo de suceder, y la Nov. 118 no ha hecho ninguna modificacion en él: véanse §. 7. J. III,2.-§. 4, 5. J. III, 9, (10), y Ulp. 28, 11.

§. 920. IV. *De la division de la herencia.*

Cuando la ley llama simultáneamente y en el mismo órden de suceder á muchas personas á la division de la herencia, es necesario inquirir qué porcion corresponde á cada una de ellas. La division de la herencia puede hacerse generalmente de tres maneras: 1.° dividiéndose en tantas partes, cuantos herederos hay, en cuyo caso recibe cada uno de ellos una *porcion viril (portio virilis)*, á lo que se llama *succesio in capita*: 2.° dividiéndose en tantas partes iguales, cuantos troncos hay; de manera que cada tronco principal reciba una porcion, que subdividirá despues por cabezas ú otra vez por troncos entre las personas que pertenezcan al primero; esto es lo que se llama *succesio in stirpes*: 3.° y último, dividiéndose la herencia en dos partes iguales, una para todos los ascendientes paternos, y otra para los maternos, cuya porcion se divide á su vez por cabezas, á lo que se llama *succesio in líneas.*

§. 921. *De la influencia del doble parentesco en la division de la herencia.*

Aquel que está ligado al difunto con los vínculos de doble parentesco, tiene muchas veces derecho á varias porciones hereditarias, y le tiene siempre, cuando la division se hace por troncos, *in estirpes*, ó por líneas, *in líneas*: nunca cuando se hace por cabezas, *in capita.* En este último caso cada individuo no se computa mas que una vez, cuando por el contrario en los dos primeros recibe en cada tronco y en cada línea su porcion correspondiente, y por lo mismo se le cuenta muchas veces.

TITULO II.

PRINCIPIOS PARTICULARES DE LA SUCESION INTESTADA.

§. 922. I. *Del órden de suceder á los padres primera clase.*

Las personas primeramente llamadas á la herencia son los descendientes del difunto, que existen al tiempo de abrirse la sucesion, sin distincion de sexo, grado de parentesco, patria potestad, primogenitura, ni de que provengan de uno ó de diferentes matrimonios (1). Si solo concurren descendientes del primer grado, la herencia se divide *per capita*; en todos los demas casos, ó cuando todos los descendientes descienden de un hijo ó de una hija del finado, se divide la herencia por troncos (2).

§. 923. 2.ª *Clase.—1. Quien sucede.*

Cuando el difunto no dejó descendientes capaces de suceder, ó cuando estos faltan, pasa la herencia á la segunda clase de herederos: pertenecen á esta clase. 1.° Los ascendientes mas próximos del difunto sin distinguir de líneas, de modo que el mas próximo excluye no solamente al mas remoto de su línea, sí que tambien al de otra, y los ascendientes, que están en un mismo grado por ambas líneas, concurren todos á la herencia. 2.° Los hermanos y hermanas carnales del difunto, capaces de suceder respecto del padre ó

(1) Nov. 118. c. 1, 4.
(2) §. 6. 16. J. III, 1.-Nov. 118. C. 1.

madre comunes (1): 3.° los hijos é hijas, no los nietos, de los hermanos y hermanas carnales del difunto, muertos antes que él, con tal que hayan sido capaces de suceder á su padre ó madre premuertos, y que estos tambien lo fueran de suceder al difunto (2); todas estas personas concurren unidas y simultáneamente á la herencia (3).

§. 924. II. *Como se hace la division de la herencia.*

El modo de dividir la herencia varia en esta clase segun las personas que concurren á ella.

1.° Cuando son ascendientes y de una misma línea dividen la herencia por cabezas, pero si pertenecen á dos líneas, se divide por líneas (§. 920).

2.° Cuando no hay mas que hermanos y hermanas carnales, é hijos de hermanos y hermanas carnales muertos, se distingue; *(a)* si concurren solamente los primeros, la division se hace por cabezas; *(b)* si los segundos, divídese tambien por cabezas, ya representen un solo hermano ú hermana, ya muchos: *(c)* si por el contrario, concurren juntas los tios y sobrinos, hijos de hermanos ó hermanas carnales muertos, la division se hace por troncos.

3.° Cuando los ascendientes concurren con hermanos ó

(1) Nov. 118. c. 2, 3.
(2) Segun la Nov. 118. c. 3.° Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes &c.: los hijos de los hermanos y hermanas no tenian parte en la herencia en union con los ascendientes segun el derecho antiguo. Se cambió esta disposicion por la Nov. 127. c. 1.° de Justiniano.
(3) Segun la Nov. 118, el padre sucede en union con los hermanos y hermanas carnales del difunto. Antes de dicha disposicion les excluia el padre.-C. 11. C. VI. 59.-c. 3. c. 4. c. 6. pr. §. 1. C. VI, 61. Pero no retiene el usufructo de la parte que corresponde á estos colaterales (§. 830).

hermanas carnales, y con hijos de algunos de estos que han muerto tambien, debe distinguirse; *(a)* si los hermanos y hermanas carnales concurren con ascendientes dividen por cabezas: (*b*), si al mismo tiempo vienen ascendientes hermanos y hermanas carnales é hijos ó hijas de alguno de estos, que ha muerto, los ascendientes y los hermanos y hermanas reciben una porcion viril; los hijos de los hermanos premuertos ó sean los sobrinos, la parte correspondiente á su tronco; (*c*) finalmente, si solo concurren hijos ó hijas de hermanos ó hermanas premuertos y ascendientes, los primeros suceden por troncos, los segundos por cabezas.

§. 925. *Tercera clase.*

Faltando herederos de la segunda clase suceden los de la tercera en la herencia: corresponden á esta clase: 1.° los hermanos y hermanas unilaterales del difunto sin distincion entre los consanguíneos y uterinos, siempre que sean capaces de heredar al padre comun: 2.° los hijos é hijas de los hermanos y hermanas unilaterales del difunto premuertos, con tal que reunan las mismas condiciones en cuanto á la capacidad de suceder que los de los hermanos y hermanas carnales (1). Para dividir la herencia entre los herederos de esta clase deben aplicarse las mismas reglas establecidas en párrafo precedente núm. 2.° y ni en ella ni en la siguiente se hace distincion entre los bienes que emanan de la línea paterna y los que vienen de la materna.

§. 926. *Cuarta clase.*

No existiendo parientes algunos de las clases precedentes, pasa la sucesion á los de la cuarta clase, prefiriendo al mas próximo en grado, sin distinguir si es pariente por ambos lados ó solo por uno; tambien se aplica aqui la regla general de que el pariente que hereda, debe tener la capacidad necesaria, y que entre él y el difunto no deba haber ninguna otra persona capaz. Cuando concurren á heredar varios parientes que estan en igual grado de parentesco con el difunto, dividen la herencia por cabezas (1).

(1) Nov. 118. c. 3.

§. 927 - 930. II. *Del órden de suceder otras personas.*

Ademas de los parientes hay otras personas á quienes la ley concede por razones particulares el derecho de sucesion. A esta clase pertenecen:

A. La sucesion del cónyuge que sobrevive; la cual tiene lugar en los siguientes casos: 1°. Cuando muere un cónyuge sin dejar parientes capaces de heredarle, el que sobrevive, ya sea la muger, ya el marido, sucede, aun por derecho nuevo, en virtud del edicto del Pretor *unde vir et uxor* (2). Cuando un marido rico muere dejando una viuda pobre é indotada, sucede ésta en union con los parientes del difunto, cualquiera que ellos sean, en una parte de los bienes (3) hereditarios, sin que disposicion alguna pueda privarla de este derecho (4). La parte de la viuda es una

(1) Nov. 118 c. 3. in fine.

(2) §. 6.-7. J. III,- 9. (10). Aliam vero bonorum possessionem quæ *unde vir et uxor* apellatur in suo vigore servavimus. D. XXXVIII. 11.-C. VI, 18.

(3) Nov. 117. c. 5. Las disposiciones anteriores á que se refiere esta Nov.; son Nov, 22. c. 18.- Nov. 53, c. 6.-Nov. 74. c. 5

(4) Nov. 53 c. 6. Esta novela concedia tambien al viudo indigente una cuarta parte de los bienes de su muger; mas la Nov. 117. c. 5. le quitó este derecho.

porcion viril, cuando concurre con mas de tres descendientes de su marido, ora sean habidos en un matrimonio anterior, ora en el snyo (1), pero en todos los demas casos, cuando concurren con tres descendientes ó menos, ó con otros parientes de su marido, sea cual fuere el número de estos, la viuda recibe la cuarta parte de los bienes hereditarios *(quartam partem bonorum)*; pero nunca mas: corresponde á la muger la propiedad de esta parte que le concede la ley, con la libre facultad de disponer de la misma, á menos que tenga hijos habidos en su matrimonio con el difunto, en cuyo caso, solo adquiere el usufructo durante su vida, reservando la propiedad á sus hijos.

B. El que ha recojido y cuidado á un loco, despues de haber exijido en vano que sus herederos testamentarios, ó abintestato le cuidasen cual corresponde, le sucede en sus bienes con exclusion de aquellos si muere durante la locura (2).

C. No habiendo herederos que sucedan por testamento, ni abintestato, para la herencia á ciertas corporaciones á que perteneció el difunto. Tales son por derecho romano la *curia*, si era decurion (3); el *colegium naviculariorum* (4); el regimiento en que como militar servia (5), y la iglesia ó convento á que estaba adscripto (6). Cuando el príncipe dona una cosa á dos personas, la que de estas sobrevive, muriendo la otra sin herederos, recibe la porcion del

(1) Los descendientes que pertenecen á un mismo tronco no se cuentan mas que como una sola persona.

(2) Nov. 115. c. 3 §. 12.-Extraneum.-ad ejus (furiosi) successionem pervenire decernimus.

(3) C. 1. Cod. Theod. V, 2.-C. 4. C. VI, 62.-C. 1. C, X, 34.

(4) C. 1. C. VI, 62.

(5) Fr. 1. 2. D. XXXVIII, 12.-Fr. 6. §. 6. 7. D. XVI, 1. 3,-C.-2.C. VI, 62.

(6) C. 20. C. I. 3. Nov. 131. c. 13,

aquel el *socius liberalitatis principis*, á quien no puede considerarse como heredero, sino es solamente como sucesor particular, puesto que no adquiere mas que la parte del difunto (1).

D. Ultimamente, cuando faltan todos los herederos testamentarios ó abintestato que hemos enumerado, la herencia se declara vacante (*bonum vacans*), y pertenece al fisco (2) que debe reclamarla dentro de cuatro años, pasados los cuales, sino hubiese usado de su derecho, pertenece la herencia al que la posée (3). Agítase la cuestion de saber si al fisco que admite la herencia vacante, debe considerársele como heredero ó como ocupante privilegiado, en virtud del derecho que tiene el Estado sobre los bienes que carecen de dueño, cualquiera que sea el concepto bajo el que se le mire, el fisco solo adquiere la parte de herencia que resta despues de satisfechos los créditosy legados (4): de aqui resulta otra cuestion á saber, si el fisco está con respecto á las deudas del difunto obligado en mas de lo que importa la herencia: cuya resolucion depende de si debe considerarsele como heredero ó como simple ocupante: asi como tambien el determinar á que fisco corresponden los bienes vacantes, porque si se le considera como heredero, es indudable que corresponde la herencia al fisco del lugar en que el difunto tenia su domicilio, ya estuviesen aquellos situados en el mismo, ya en otro; si se considera como simple ocupante, lo es tambien que los bienes se reparten entre los fiscos de los lugares donde radican.

(1) C. ún. C. X, 14.

(2) Fr. 2. D. XXXVIII. 9.-C. 1. 4. C. X, 10.

(3) Fr. 10, pr. §. 1. D. XLI, 3.

(4) Fr. 11. D. XLIX, 14.- Fr. 96. §.; 114. §. 2. D. XXX.

CAPITULO II.

DEL ORDEN DE SUCESION TESTAMENTARIA.

§. 931. *Nocion de la última voluntad.*

Se entiende por *última voluntad*, cualquiera disposicion que el hombre hace, en especial sobre sus bienes, para el caso en que muera (1). Las disposiciones testamentarias no ligan al testador: por lo tanto puede revocarlas ó modificarlas mientras vive, pues que no adquieren su fuerza hasta la muerte, *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum.*

§. 932. *De las especies de última voluntad.*

Segun el derecho romano la voluntad del hombre se consignaba en *testamento* ó en *codicilo*. El testamento es una disposicion solemne, en que se manifiesta la última voluntad del que le hace, y se instituye un heredero *directo* (2); cualquiera otra disposicion, en que el hombre manifiesta su última voluntad, es un codicilo (3).

---

(1) Fr. 1. D. XXVIII, 1. Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Ulpiano XX, 1.

(2) §. 34. J. II, 20. Testamenta ex institutione heredis vim accipiunt, et veluti caput et fundamentum totius testamenti intelligitur heredis institutio. Cf. fr. 1. §. 3. D. XXVIII, 6. et fr. 20. D. XXIX, 7. Las expresiones de *testamentum facere* et *heredem scribere* son sinónimas.

(3) §. 2. J. II, 25.-C. 14. C. VI. 23. Non codicillum sed testamentum aviam vestram voluisse *institutio et exheredatio facta* probant evidenter.

TITULO PRIMERO.

DE LA CAPACIDAD DE TESTAR.



§. 933. *Condiciones de la testamentifaccion* (1). *—I. Commercium mortis causa.*

La capacidad de testar se llama testamentifaccion (*testamentifactio*) (2). La primera condicion necesaria para tenerla, era ser ciudadano romano ó al menos tener la capacidad de transferir por causa de muerte (*commercium mortis causa*), razon por que los esclavos, los latinos junianos, (*latini juniani*) (3) los extrangeros, (*peregrini*), y cualquiera otro ciudadano que sufriere la *capitis diminucion máxima ó media* eran incapaces de testar. (4).

§. 934. *Capacidad de adquirir por sí mismo.*

La segunda condicion necesaria para la testamentifaccion, es la de poder adquirir bienes y disponer libremente de ellos. Por esta razon aquel que se hallaba bajo la po-

---

(1) Ulp. XX, 10 y sig.-Gaj. II, 112 y sig.-Paul. III, IV, A.-J. II, 12. D. XXVIII, 1.-C. VI, 22.

(2) Fr. 4, 18. pr. D. XVIII, 1. Tambien se llama *testamenti factio*, la capacidad de adquirir por última voluntad. §. 4 J. II. 19.-fr. 16. pr. D. ibid.-fr. 17. D. XLI, 8. De aquí la division que hacen los modernos en testamentifaccion *activa* y *pasiva*.

(3) Ulp. XX, 14.

(4) Fr. 8. D. ibid. Si un ciudadano romano moria en el cautiverio, el testamento que hubiera hecho anteriormente recobra su fuerza en virtud de una ficcion de la ley Cornelia. Ulp. XXIII, 5.-§. 5. J. II, 12.-fr. 12 D. ibid.- fr. 16.-18. D. XLIX. 15.

testad ó en la *manus* de otro era incapaz de testar, *quia filius familias nihil suum habet* (1). Aunque esta razon ha desaparecido con la institucion del peculio adventicio, no por eso el hijo de familias, segun el derecho nuevo, es capaz de testar (2); porque la ley solo le permite hacerlo de su peculio castrense y cuasi castrense (3).

§. 935. III. *Capacidad de declarar su última voluntad.*

La tercera condicion es, que el testador sea física y moralmente capaz de declarar válidamente su última voluntad. Las personas incapaces bajo este concepto son:

1.° Las que no saben leer ni escribir (4). Los sordomudos pueden testar si saben escribir, pero para testar por medio de signos necesitan de la autorizacion del príncipe.

2.° Todos aquellos que al tiempo de hacer el testamento no tienen expedito el uso de su razon, ni la libertad de su voluntad; tales como el furioso, pródigo y otros semejantes (5). La edad abanzada y las enfermedades no impiden el egercicio de la facultad de testar, á menos que afecten á la razon y á la reflexion (6).

3.° Los impúberes no pueden testar, ni aun con la autorizacion de su tutor (7); pero los menores, cumplida la

---

(1) Ulp. XX, 10.- fr, 6. pr.; fr. 19. D. ibid.
(2) Pr. J. II, 12.-C. 11. C. VI, 22 C. 8. §. 5. C. VI, 61.
(3) Ulp. XX, 10.-Gaj. II, 106. §. últ. J. II, 11.-pr. J. II, 12. Fr. 18. pr. D. XLV, 3.-C. 11, 12. C. VI, 23.-C. 37. pr. C. III, 28.
(4) C. 29. C. VI, 23.
(5) El testamento hecho antes de la locura ó de la interdiccion queda válido. §. 1, 2. J. II, 12.-fr. 18. D. XVIII, 1.-C. 9. C. VI, 22.
(6) Fr. 2. D. ibid. C. 3. C. VI, 22.
(7) §. 1. J. II, 12. fr. 19. D. ibid.

edad de la pubertad, testan aun cuando su curador no les autorice (1).

§. 936. IV. *Lege intestabiles.*

Hay muchas personas, en fin, á quienes la ley, como pena de un delito, priva de la facultad de testar, *lege intestabiles* (2), y son por derecho romano los reos de alta traicion, y sus hijos (3) los autores de libelos infamatorios (4); los apóstatas, y algunas especies de hereges (5); los que viven en adulterio no pueden testar, sino en favor de algunos próximos parientes (6), los condenados á muerte (7), y por derecho canónico los usureros públicos (8).

TITULO II.

FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

§. 937. *Division general de los testamentos.*

Considerados en su forma, los testamentos se dividen por derecho romano nuevo, en públicos, *(testamenta publica)*, y en privados *(testamenta privata)* (9).

---

(1) Fr. 20. §. 1. D. XXXIV, 3.
(2) Fr. 18. §. 1. D. XVIII, 1.
(3) C. 5. §. 1. C. IX, 8.
(4) Fr. 18 §. 1. D. XXVIII, 1.-fr. 21. pr. D. XXII, 5.-fr. 5. §. 9, 10. D. XLVII, 10.
(5) C. 1. C. I, 17.-C. 4. §. 1. C. I, 5.
(6) C. 6. C. V, 5. Cf. Nov. 12. c. 1, 2.
(7) Fr. 8. §. 4; fr. 12. §. 2. D. ibid. Cf. Nov. 134. c. 13.
(8) C. 3. X, 3. 38.-C. II, §. 1. de usuriis VI.
(9) Gaj. II,-101.-108. Ulp. XX. 2. 9. J. II, 10. D. XXVIII, 1, C. VI, 23.

§. 938. *Testamentos públicos.*

De dos modos diferentes puede bacerse el testamento público, ó remitiéndole el testador al príncipe *(testamentum principi oblatum)*, ó registrándole ante una autoridad con jurisdiccion civil, ó remitiéndole escrito á la misma para que le conserve, *(testamentum actis magistratus inssinuatum)*, que tambien hoy se llama comunmente *testamentum judiciale.* En uno y otro caso la fé pública de que gozan el príncipe y la autoridad judicial, bastan y escusan cualquier otra solemnidad.

§. 939. *Testamentos privados.*

Los testamentos privados, por el contrario, que pueden hacerse de palabra (*per nuncupationem*) ó por escrito (*per scripturam*), exigen la observancia de muchas formalidades. La forma esterior de los testamentos privados es *ordinaria ó extraordinaria.* La ordinaria es la regla general; la extraordinaria, la excepcion, por la que en ciertos testamentos se restringen, añaden ó modifican las solemnidades ordinarias.

§. 940. I. *De la forma de los testamentos ordinarios.—A. Condiciones generales.*

En la formacion de los testamentos privados, ya sean nuncupativos, ya escritos, deben concurrir las condiciones siguientes:

1.ª *La presencia de siete testigos* (1), rogados al efecto, á

(1) C. 21. C. ibid. §. 3. J. II. ibid. fr. 27. D. ibid.

quienes debe manifestar su voluntad de testar (1); *hábiles* para estificar al tiempo en que se hace el testamento (2), los cuales deben presentarse ante él libremente (3); pero no es necesario que conozcan al testador personalmente. Son incapaces de testificar; los privados de razon y de voluntad: los impúberes, los sordo-mudos, los ciegos, al menos en los testamentos escritos, los declarados pródigos legalmente, aquellos á quienes la ley ha prohibido la testificacion (*lege intestatibiles*) (4), las mugeres, y los que no son ciudadanos romanos (5), los que estan constituidos bajo la patria potestad del testador (6), el heredero instituido (7), y cuantos estan bajo su poder (8).

2.ª *La unidad del acto* (*unitas actus*), es decir, el testamento debe hacerse en un mismo acto, sin interrumpirle con otro negocio extraño, y á presencia de todos los testigos (9).

§. 941. B. *Condiciones particulares del testamento escrito.*

El testador que quiere hacer un testamento privado

(1) Fr. 21. §. 2. D. ibid.
(2) Poco importa que despues se hagan incapaces. fr. 22. §. 1. D. ibid. §. 7. J. ibid.
(3) Fr. 20. §. 10. D. XXXVIII, 1. C. 9, 12. C. VI. 23, comparadas con la C. 3. §. 2. C. Th. IV, 4.
(4) Fr. 26. D. ibid.-fr. 14.-15. D. XXII, 5.
(5) §. 6. J. II, 10.-Cf. fr. 20.-§. 4.-7. D. ibid.
(6) §. 9. J. ibid.
(7) §. 10. J. ibid.-fr. 20, pr, D. ibid.
(8) §. 10. J. ibid.-fr. 20. pr. cit. Los legatarios y fideicomisarios pueden ser testigos. §. 11. J. ibid.
(9) Fr. 21. §. 3. D. ibid. §. 3. J. ibid.-fr. 20. §. 8. D. ibid., y sobre todo C. 21. §. 2. pr.-C. 28. pr. C. VI, 23.

escrito, puede: 1.° escribirlo todo de su puño y letra (*testamentum holographum*); no es necesario que le firme, con tal que declare está escrito de su propia mano (1): 2.° puede hacer escribir su testamento por otro (*testamentum allographum*); pero entonces debe firmarle y reconocerle en presencia de los testigos (2). Si el testador no sabe ó no puede escribir por algun impedimento, es necesaria la concurrencia al acto de un octavo testigo que firme por él (*octavus suscriptor*), expresando que signa á ruego del testador (3). 3.° El testador, ya haya escrito por sí su testamento, ya lo haya hecho escribir por otro, está obligado á presentarlo á los testigos, y declararles que aquel es su testamento, poniendo su firma todos ellos, y un sello cualquiera, aunque sea el mismo del testador (4): 4.° el testador que quiere conservar en secreto su última disposicion, bien la haya escrito por sí, bien por otra persona, debe presentársela cerrada á los testigos, declarando en su presencia que el contenido de aquel pliego es su última voluntad, cerrándola despues de poner su firma sobre la cubierta: si no sabe ó no puede firmar el testador, lo hace un octavo testigo por él, firmando y signando los demas, con lo cual quedan cubiertas todas las solemnidades (5).

---

(1) C. 28. §. 1. C. IV, 23. Importa poco que el testamento esté escrito en cualquiera lengua. fr. 20. §. 9. D. XXVIII, 1, y C. 21. §. 4. C. VI, 23. Pero no puede servirse de abreviaturas. fr. 6. §. 2. D. XXXVII, 1.

(2) C. 21. pr. C. VI, 23.

(3) C. 28. §. 1. C. VI, 23.-Cf. C. 29. C. ibid. Nov. 119. c. 9. et Auth: *et non observato*. C. VI, 23.

(4) §. 5. J. II, 10.-fr. 22. §. 2, 5; fr. 30. D. XXVIII, 1.

(5) C. 21. pr. C. VI, 23.

§. 942. C. *Condiciones particulares del testamento nuncupativo.*

El testador que quiera testar nuncupativamente (*per nuncupatîonem*), debe declarar su última voluntad, y muy particularmente el nombre del heredero en presencia de siete testigos claramente, y en lenguaje que éstos puedan entender (1). El testamento nuncupativo, reducido á escrito, ya sea inmediatamente, ya despues, para que sirva de prueba, lo que puede hacerse sin solemnidad alguna, no deja por eso de ser testamento nuncupativo, y se llama *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*. En defecto de este documento, se prueba la existencia del testamento, no solo por lo que toca á la observancia de las formas legales exteriores, sino es en cuanto á su contenido, por la declaracion de dos testigos presenciales del acto, y á falta de éstos por otros dos testigos dignos de crédito.

§. 943. II. *Forma de los testamentos extraordinarios.—A. Testamentos que exigen mas solemnidades.*

La ley exige solemnidades extraordinarias para el testamento de un *ciego*: si es nuncupativo, se necesita un escribano, rogado al efecto, que redactándole á presencia de los testigos, se lo lea al testador, y lo firme y signe con aquellos. Si el testador hizo escribir á otro su testamento, el escribano lo lee en presencia de los testigos, y con ellos lo

---

(1) §. últ. J. II, 10.-fr. 21. pr.; fr. 25, D. XXVIII, 1.-C. 21. §. 2. C. VI, 23.

firma y signa. No concurriendo escribano, debe añadirse otro testigo que le reemplace (1).

§. 944. B. *Testamentos privilegiados.*—1. *Testamentum militis* (2).

El testamento hecho por un soldado en campaña necesita de menos solemnidades que los ordinarios, (*testamentum militis, sive jure militari, factum*) (3). Efectivamente, la ley no exige para esta clase de testamentos solemnidad alguna; el soldado puede hacerle como le acomode, sin que por ello deje de ser válida y legal su última voluntad; puede escribirle el mismo, ó mandarle escribir á otro; ó testar nuncupativamente, declarando su última voluntad, delante de algunas personas rogadas al efecto, pero estas personas no deben ser consideradas mas que como testigos para probar la existencia del testamento, y solo en el caso de que no pueda probarse de otro modo (4). Todos aquellos que tienen fuero militar, aunque no sean soldados, gozan del mismo privilegio, con tal que se encuentren en un peligro que amenace su existencia, (*testamentun cuasi militare*). Pero entre este testamento y el de un soldado hay una diferencia, y es, que el del soldado, despues de concluida la campaña, y aun vuelto á su casa, conserva toda su fuerza hasta

(1) C. 8. C. VI, 22.- Nov. Leon. 69.
(2) Gaj. II, 109.-J. II, 11. D. XXIX, 1.-XXXVII, 13. C. VI, 21.
(3) Pero en tiempo de paz, está obligado el soldado á observar las formalidades ordinarias. C. 17. C. VI, 21.-fr. 3. J. II. 11.-Sobre el derecho antiguo véase: fr. 4; fr. 7.-9; fr. 26. pr; fr. 38; fr. 42. D. XXIX, 1. C. 5. C. VI, 21.
(4) Pr. §. 1. J. II, 11.-fr. 1. pr; fr. 24; fr. 40. pr. D. XXIX, 1.-C. 1, 3. C. VI, 21.

pasado un año (1); el de los que solo gozan del fuero militar, pasado el peligro, no produce efecto alguno (2). El soldado puede tambien confirmar en campaña sin formalidad alguna el testamento que hizo antes de ella sin solemnidades é irregularmente (3). Ademas goza el soldado de muchos privilegios respecto al contenido del testamento (4), pero estas solo le aprovechan cuando lo hace durante la guerra (*jure militari*) (5).

§. 945. 2. *Testamentum ruri conditum.*

El testamento hecho en el campo y en circunstancias apuradas puede hacerse con solo cinco testigos, siempre que al testador no le fuese dado reunir mayor número: uno de estos testigos puede firmar por muchos ó por todos, en caso de que no sepan hacerlo, y si ninguno sabe, es valido el testamento, aunque no esté firmado (6). La mayor parte de los jurisconsultos restringen esta disposicion de la ley al testamento hecho por las personas *rústicas*, pero examinada bien la disposicion de la misma, se ve que es extensiva á todos los testamentos hechos en el campo.

§. 946. 3. *Testamentum tempore pestis conditum.*

El que testa en un lugar contagiado, ó que se halla afligido por una enfermedad contagiosa, puede hacerlo sin reu-

(1) §. 3. J. II, 11. fr. 21; fr. 26, 38, 42. D. XXIX, 1. C. 13. C. VI, 21.
(2) Fr. 44. D. XXIX, 1. fr. ún. D. XXXVII, 13.
(3) §. 4. J. II, 11. fr. 3. D. XXIX, 1.
(4) Vide §. 911, 951, 960, 970, 973, 976. 1,020.
(5) §. 6. J. II, 13.
(6) C. 31. C. VI, 23.

nir á la vez siete testigos: es decir, que no es necesario como opinan algunos autores, que todos siete concurran simultáneamente viendo y oyendo al testador (1).

§. 947. 4. *Testamentum ad pias causas.*

Entre los testamentos privilegiados, se cuenta el de que vamos á tratar en este párrafo, establecido por el derecho canónico en favor de los establecimientos piadosos, (*testamentum ad pias causas*). Efectivamente, cualquiera disposicion testamentaria es válida, aun cuando no contenga formalidad alguna exterior, en aquella parte que dispone en favor de la iglesia ó de otro establecimiento benéfico, con tal que sea cierta la voluntad del testador (2). De aqui se deduce, que estas disposiciones testamentarias producen todos sus efectos, aun cuando no esten hechas ante testigos, y con solo que se justifique su existencia por la escritura ó cualquier otro medio.

§. 948. C. *Testamentos, cuyas formalidades pueden cambiarse.*

Las solemnidades ordinarias de los testamentos, en los cuales los ascendientes instituyen por herederos á los descendientes, están sujetas á varios cambios. Los padres y demas ascendientes pueden: 1.° testar por escrito y nuncupativamente, observando la solemnidad del testamento ordinario, é instituyendo por herederos, no solamente á sus descendientes, sino tambien á otras personas (*extranei*), ó bien dejándoles legados: 2.° mas si quieren testar por escrito, é instituir solo á sus descendientes, no necesitan hacerlo ante testigos, ya escriban ellos por sí mismos el testamento, ya lo hagan escribir á otra persona, con tal que indiquen en el principio del mismo la época de su confeccion, y que escriba el mismo testador clara y distintamente con todos los caracteres (1) y no por medio de cifras el nombre de los herederos, y la porcion de bienes que á cada uno le deja. Este testamento, que pertenece á la clase de los privilegiados, se llama *testamentum parentum inter liberos*; y es incuestionable que en él no pueden los padres desheredar á los hijos, ni nombrarles tutor: 3.° el testamento de que vamos hablando, no debe confundirse con la simple division que hacen los padres entre sus hijos (*divissio parentum inter liberos*), porque en ésta los descendientes heredan abintestato á sus ascendientes, sirviendo tan solo la última voluntad de estos para designar la parte que corresponde á cada uno de sus hijos en los bienes hereditarios, designacion válida si está firmada por el padre ó por los hijos á quienes interesa (2).

§. 949. *Testamenta reciproca et correspectiva.*

Faltanos aun hablar de los testamentos hechos por dos ó mas personas en un mismo acto (3), y en cuyo otorga-

(1) C. 8. C. VI, 23.
(2) Cap. 11, X, 3, 26.-El derecho romano exigía la forma del testamento ordinario. C. 13. C. I, 2.

(1) Nov. 107. c. I. Si el ascendiente no sabe escribir, el derecho romano le permite tambien testar *inter liberos* observando las formalidades ordinarias.
(2) Nov. 18. c. 7.-Nov. 107. c. 3.
(3) En un principio el derecho romano no concedia esta facultad mas que á los soldados. C. 19. C. II, 3, y despues á los esposos. C. Nov. Valent. de testam.

miento las solemnidades ordinarias solo deben observarse una vez, excepto la arrogacion de testigos, (*rogatio testium*) que cada testador debe hacer separadamente. En el número de estos testamentos se cuentan: 1.º los testamentos recíprocos, *testamenta reciproca*; en los que dos personas se instituyen recíprocamente herederos en un mismo acto, como sucede ordinariamente á los cónyuges: 2.º los testamentos llamados *correspectiva*, en que cada uno de los otorgantes hace depender la validez de su disposicion, de que el otro no cambie la suya.

TITULO III.

CONTENIDO DE LOS TESTAMENTOS.



§. 950 I. *De la institucion de heredero.*

Todo testamento debe contener esencialmente la institucion de un heredero directo (*heredis directi institutio*) (1). De tal modo es necesaria la institucion, que si llegase á faltar enteramente ó se invalidase, todo lo que contuviese la última voluntad, no podria valer como testamento (2): la institucion tambien ha de hacerse en testamento y no en codicilo, aunque no impide que despues de hacerla en aquel, se exprese en éste el nombre del heredero (3).

(1) §. 34. J. II, Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id, veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.-C. 14. C. VI, 23.

(2) Fr. 1. §. 3. D. XXVIII, 6, sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

(3) §. 2. J. II, 25.-fr. 2. §. 4; fr. 10. D. XXIX, 7.-C. 2, 7. C. VI, 36.-fr. 77. D. XXVIII, 5.

§. 951. A. *Capacidad del heredero instituido* (1).

La persona á quien el testador instituye por heredero directo debe ser capaz y tener respecto de él, (*quocum testamentifactio est*) (2), la testamentifaccion que los modernos llaman *pasiva* (*testamentifactio passiva*); por consecuencia no puede instituirse por heredero en un testamento á aquel que es incapaz absolutamente de heredar cosa alguna. Tampoco pueden ser instituidos los *esclavos*, ni los *extrangeros* (*peregrini*) (3), ni otras personas, que si bien no tienen la incapacidad absoluta, la tienen respectiva por lo que toca á ciertas personas y casos determinados. Tales son: (a) el príncipe, bajo la condicion de que continúe el litigio que tenia el testador con un particular (4); (b) el cónyuge de segundas nupcias, el cual no puede recibir mayor porcion en la herencia, que la que corresponde al hijo del primer matrimonio que menos tome; (c) la viuda que contrajo nuevas nupcias, durante el año del duelo, la cual no puede donar á su segundo marido mas, que el tercio de sus bienes; (d) la persona con quien el testador vive en adulterio; ni los hijos nacidos de esta union pueden ser instituidos por él (5): (e) el que tiene un descendiente legítimo, no puede disponer en favor de la concubina, ni de los hijos habidos en ella,

(1) Ulp. 22. 1-13. J. II, 14. D. XXVIII, 5.-C. VI, 24, 25.

(2) §. 14. J. II, 9. El soldado que testa *jure militari* puede tambien instituir á una persona incapaz, excepto á las prostitutas, fr. 13. §. 2; fr. 41. §. 1. D. XXIX, 1. C. 5. C. VI, 21.

(3) El esclavo no podia ser instituido como tal esclavo, fr. 3. D. XXIV. 8. Sin embargo podia válidamente instituírsele heredero dándole la libertad, y entonces se hacia *heres necessarius*.

(4) Fr. 91. D. XXVIII, V. §. 8. §. 2, 17.

(5) C. 6. C. V, 5. Auth. ex complexu. C. ibid.

mas que de la duodécima parte de sus bienes; si solo tiene ascendientes, dispone de lo que resta deducido la porcion legítima que á estos corresponde, y sino tiene ni ascendientes ni descendientes, puede instituirlos en toda la herencia (1); (f) el derecho antiguo declaraba á las personas inciertas incapaces para heredar; pero el derecho nuevo permite instituirlas, con tal que vengan despues á ser ciertas (2); (g) las corporaciones y personas morales eran tambien incapaces por el derecho antiguo; pero por el nuevo pueden ser instituidas, cuando están reconocidas por el estado (3); lo mismo sucede con los establecimientos de beneficencia (4). La testamentifaccion pasiva que segun hemos dicho es una condicion necesaria que debe concurrir en el heredero para ser instituido, se entiende desde el momento de otorgarse el testamento hasta la adiccion de la herencia (5), sin que en el intermedio carezca de ella. Respecto á las personas inciertas, basta que sean capaces en el acto en que llegan á ser ciertas, y respecto á los establecimientos de beneficencia que se fundan é instituyen en un testamento, basta que sean confirmados por el estado, aun cuando esta confirmacion sea posterior á la institucion (§. 445).

§. 952. B. *De la designacion de heredero.*

La persona instituida por heredero debe designarse con

(1) N. 89. c. 12.
(2) Ulp. XXII, 4.-§. 25-28. J. II, 20.-fr. 29. pr. D. XXVIII, 2.-C. 49. C. I, 3. C. VI, 48.-Nov. 139. c. 9.
(3) Ulp. XXII, 5.-fr. 20. D. XXXIV, 5.-fr. 26. D. XXXVI, 1.-fr. 122. D. XXX, C. 1. C. I, 2.-C. 8, 24. C. VI, 24.
(4) §. 4. J. II, 19.-Cf. fr. 49. §. 1; fr. 59.-§. 4; fr. 62. pr. D. XXVIII, 5.-fr. 210. D. L. 17.
(5) §. 4. J. II, 19. Cf. fr. 49. §. 1; fr. 59. §. 4; fr. 62. pr. D. ibid.

exactitud, bien nombrándola, bien dándola á conocer de un modo que no ofrezca duda (1). Cumplida esta condicion, importa poco que el nombre se haya indicado falsamente, ó que la descripcion no sea en todo aplicable á la persona (2).

§. 953. C. *Modo de hacerse la institucion* (3).

La institucion de heredero puede hacerse:

1.° Pura y simplemente.

2.° Bajo condicion posible y lícita (4), en cuyo caso la herencia no se defiere al heredero hasta su cumplimiento (5). La condicion resolutiva (6), la imposible, y la que se opone á la moral y buenas costumbres, se tienen por no escritas; la condicion negativa debe, cumplirse (7), y la estravagante é interesada anula la institucion (8). La institucion no puede tampoco depender de la voluntad de un tercero, pero bien puede sejetarse á la condicion de que otro haga una cosa que penda de su voluntad (9).

(1) §. 29. J. II, 20. fr. 9. pr. §. 8; fr. 62; §. 1.; D. XXVIII, 5.
(2) §. 29. J. ibid. fr. 48. §. 3; fr. 62. §. 1, D. ibid. C. 5, 14. C. VI, 24.
(3) D. XXVIII,-7-XXXV, XXXIV. 1. 6.-C. VI. 45. 46.-VI. 41.
(4) §. 9. J. II, 14.
(5) F. 5. §. 2 D. XXXVI. 2.
(6) La razon porque en una institucion de heredero. la condicion resolutiva no es válida se halla en la regla *semel heres semper heres* fr. 7. §. 10. al fin. D. IV 4,-fr. 88 D, XXVIII, 5. Pero esta condicion se admite en el testamento del soldado. Arg. fr. 15. §. 4 fr. 41. pr. D. XXIX, 1.- C. 8: C. VI, 21.
(7) §. 10. J. II, 14.-fr. 1, 8, 9. 14. 20. 27. D. XXVIII, 7.-fr. 45.-D. XXXV. 6. fr. 6. §. 1, D. XXXV, .1. C. ún. c. VI, 41.
(8) fr. 16. D. XXVIII, 7.-fr 70. 71. pr. D. XXVIII, 5.- fr. 64. D. XXX.
(9) Fr. 32. pr. fr. 68. D. XXVIII, 5.

3.° La institucion de heredero puede hacerse desde dia incierto *ex die incerto*, y este término se tiene como condicion (1), no asi cuando se hace *ex die certo*, ó generalmente *in diem*, en cuyo caso se considera el término como no escrito (2).

4.° Tambien puede el testador designar la causa que le movió á instituir á determinada persona; y generalmente no afecta á la institucion el que los hechos en que se funda no sean verdaderos (3). Esta regla, sin embargo, sufre dos excepciones; primera, cuando se puede probar que el testador se fundó en un error, en cuyo caso la falsedad de la causa (*falsa causa*) anula la institucion (4); segunda, cuando la causa se enuncia á manera de condicion, que debe cumplirse (5).

5.° La institucion puede hacerse imponiendo al heredero la obligacion de emplear el haber hereditario, ya sea en todo, ya en parte en algun objeto (*modus*): el heredero que acepta la herencia, debe cumplir este objeto, si es moral y fisicamente posible, á menos que solo él tenga interes en que se cumpla (6).

6.° Finalmente el testador puede instituir á su heredero pura y simplemente, *sive parte ó ex parte*, *ó ex re certa* (7).

(1) Fr. 75. D. XXXV, 1. dies *incertus conditionem in testamento facit.*-fr. 4. pr.. fr. 22. pr. D. XXXVI, 2.
(2) §. 9. 7. II, 14.-fr. 34. D. XXVIII., 5. La institucion *ad diem* es admisible en el testamento del soldado. fr. 15, §. 4. fr. 41 pr. D. XXXIX, 1,-C. 8. C. VI, 21.
(3) fr. 17. §. D. 2, XXXVI, 1. fr. 93 §. 1. D. XXXII.
(4) fr. 72. §. 6. D. XXXV, 1.-C. 4. C. VI, 4.
(5) §. 31. J. II. 20.
(6) fr. 17. § 4. D. XXXV. 1.-fr. 71. pr. D. ibid.
(7) §. 4. J. II. 14.

§. 954. D. *De la porcion legítima.*—1. *Nocion.*

El testador por regla general puede instituir heredero á la persona que le plazca; hay sin embargo algunos de los próximos parientes, á quienes no puede desheredarse sin justa causa, y á los cuales, faltando ésta, está obligado á instituirlos en cierta parte de sus bienes que se llama (*legitima portio sive pars legitima*) (1); la cual reservada, puede disponer del resto como mejor le convenga.

§. 955. 2. *Personas á quienes se debe.*

La legítima se debe á las personas siguientes:

1.° A los descendientes naturales del testador que le sucederian abintestato; asi los hijos legítimos y los legitimados tienen derecho á pedir la legítima de su padre y madre, y de sus abuelos de ambas lineas, los ilegítimos solamente de su madre y abuelos maternos (§. 916) (2). Respecto á los hijos adoptivos (a) los agnados y adoptados por un ascendiente tienen derecho á la legítima de su padre adoptivo (3); pero con respecto á la sucesion de su padre natural ha de distinguirse; si con arreglo á la Nov. 118 concurren en el concepto de hijos, ó solamente en el de cognados (4), (b) los adoptados por un extraño *ab extraneo*, tienen derecho á la legítima de su padre natural, sin obcion á la de su padre

(1) Paul. IV, 5.-C. Greg. 11, 8.-J. II, 18. D. V, 2.-Cod. III, 28. Nov. 18. c. 1.-Nov. 115. c. 3, 4.
(2) Pr. §. 1. J. II, 18.-fr. 29. §. 1, 23. D. V, 2.-§. 4. J. II 13.
(3) §. 4. J. II, 13.-§. 2. J. II, 18.-C. 10. C. VIII, 48.
(4) Véase el §. 916.

adoptivo (1) á diferencia de; (c) los adoptados por una muger que tambien tienen derecho á la legítima de la madre adoptiva (2).

2.° A falta de descendientes se debe á los ascendientes naturales del testador que le sucederian abintestato (3).

3.° En defecto de estos á los hermanos y hermanas carnales y consanguíneos, *germani et consanguini*, siempre que á ellos se prefiera una persona torpe, *persona turpis.* Los hermanos y hermanas uterinos, *uterini* (4) y los hijos de hermanos y hermanas no tienen derecho alguno á la legítima.

§. 956. 3. *Cantidad de la legítima.*

La legítima es aquella parte de la herencia que el que tiene derecho á ella percibiria sucediendo abintestato. En un principio por analogía á la ley *falcidia* la legítima se componia de la cuarta parte de los bienes, cualquiera que fuese el número de los herederos (5). Justiniano aumentó posteriormente en favor de los descendientes del testador esta porcion, y dispuso que si estos fuesen cuatro ó menos de cuatro, la legítima fuera el tercio de los bienes hereditarios y la mitad si fuesen mas de cuatro los que concurriesen á la herencia (6). Los descendientes que sucederian abintes-

(1) C. 10. pr. §. 1. C. 8. 48.
(2) Porque la C. 5. C. ibid. los asimila á los hijos naturales.
(3) §. 1. J, II. 18.-fr. 1. fr. 15. pr.; fr. 30. pr. D. V. 2.
(4) C. 27. C. III, 28.
(5) §. 6. J. II, 18.-fr. 8. §. 6, 8. D. V, 2.-C. 29, C. III, 28.
(6) Nov. 18. c. 1. De aqui estos versos tan conocidos:

Quatuor aut infra *natis*, dant jura trientem,
Sed dant semissem *liberis*, si quinque vel ultra.

tato por troncos, se les cuenta no por cabezas sino por troncos, de forma que los que pertenecen á un mismo tronco se consideran como una sola persona. La legítima de los ascendientes y de los hermanos y hermanas no ha tenido variacion alguna y continúa siendo la cuarta parte de la herencia (1).

§. 957. *De la computacion de la legítima.*

Vamos á establecer los principios sobre la legítima y su computacion.

1. Para determinar la cuota de la legítima debe tenerse presente la época de la muerte del testador no solo respecto sus bienes, sino es respecto las personas y respecto su número (2).

La legítima debe calcularse sobre los bienes del difunto despues de deducidas todas las deudas (3). Para fijar si la legítima es la mitad ó el tercio de la herencia deben contarse todas las personas que habrian heredado al testador, si éste hubiese muerto abintestato, inclusos los desheredados (4), y la viuda pobre (§. 927).

La legítima es una parte de la herencia del difunto, por consecuencia hasta despues de la muerte de éste no hay derecho á exigirla (5), y generalmente debe imputarse al que la pide todo aquello que recibió del difunto, sea como he-

(1) La mayor parte de los autores son de opinion de que la ampliacion de la legítima hecha por la Nov. 18. c. 1 se refiere á todos los que tienen derecho á reclamarla.
(2) C. 6. C. III, 28.
(3) Fr. 8. §. 9. D. V, 2.-fr. 39. §. 1.-D. L, 16.
(4) F. 8. §. 8. D. ibid. Exheredatus numerum facit ad augendam, et partem facit ad minuendam legitimam.
(5) Segun la regla hereditas defuncti non datur.

redero, sea como legatario, sea en fin como donacion por causa de muerte (1). La donacion entre vivos no se imputa sino es cuando expresamente se dió con esta condicion (2).

El que tiene herederos legítimos y necesarios no puede donar entre vivos mas parte de sus bienes que aquella que no afecte á la legítima, y la donacion que contra este principio se haga es declarada *inoficiosa (donatio inoficiosa)*, cuya cualidad se determina atendido al tiempo en que se hizo (3).

La legítima en fin, debe deducirse libre de toda carga (4), por lo que no puede gravarse con condicion, término, legado ni fideicomiso, y si se imponen por el testador se tienen por no escritos (5).

§. 958. E. *De la necesidad de instituir ó desheredar á ciertas personas* (6).—I. *¿Quienes son estas?*

Los herederos legítimos son generalmente aquellos á quienes el testador debe tener consideracion, pero hay sin embargo entre ellos una diferencia muy importante. Efectivamente los descendientes y ascendientes deben ser, ó expresamente instituidos por herederos ó expresamente desheredados (7), de tal modo que aun cuando solo reciban su porcion legítima, deben instituirse; pero siendo instituidos,

(1) Fr. 8. §. 6. D. V. 2.-C. 29, 30. pr. C. III. 28.
(2) F. 25. pr. D. V. 2.-C. 35. §. 2. C. III, 28.-C. 20. §. 1. C. VI, 20.
(3) Vide. §. 827.
(4) C. 36. §. 1. C. III, 28.
(5) C. 32, 33. pr. C. ibid. Nov. 18, c. 7. La const. 12. C. ibid. contiene una excepcion.
(6) Ulp. 22. 14.-23.-Gaj. II, 123.-137.-J. II, 13.-D. XXVIII, 2. C. VI, 28, 29. Nov. 115. c. 3,-5.
(7) Fr. 30. D. ibid.-Nov. 115. c. 3. pr.

puede el testador darles la legítima de cualquier modo, como por legados (1) &c. Como los ascendientes y descendientes del difunto han de ser expresamente instituidos ó desheredados, se llaman herederos legítimos en el sentido extricto de esta palabra. Los hermanos y hermanas por el contrario como solo tienen derecho á la legítima cuando son pospuestos á una persona torpe, no está obligado el testador á instituirlos ni desheredarlos expresamente, bastando que en este caso les deje la legítima de cualquier manera, y por consecuencia no son herederos legítimos en el sentido extricto que damos á esta palabra.

§. 959. 2. *De las especies de exclusion.*

Los herederos legítimos deben pues ser, ó expresamente instituidos, ó expresamente desheredados. La exclusion de toda la herencia se llama en derecho romano desheredacion *(exheredatio)* ó pretericion *(preteritio)*; aquella es la declaracion expresa del testador, por la que éste excluye al heredero legítimo de la herencia *(exheres)*. La desheredacion ha de hacerse en testamento, puramente, ó sin condicion (2) y *ab omnibus heredibus et ab omni gradu* (3). Cuando no se instituye ni excluye expresamente de la herencia á uno se le llama preterido (*preteritus*) (4). El padre tiene obligacion de desheredar á los herederos suyos *sui* y póstumos (*postumi*) asi como á los emancipados; pero la madre puede pa-

(1) C. 30. pr. §. 1. C. III, 28. Cf. Nov. 115. c. 3. pr.
(2) Fr. 3. §. 1. D. XXVIII, 2.-fr. 18. D. XXXVII, 4.-fr. 62 in fine. D. XXVIII, 5.-fr. 15. D. XXVIII, 7.
(3) Fr. 3. §. 2,-4. D. XXVIII, 2.
(4) §. 12. J. III, 1.

sar en silencio *(præterire)* á sus hijos, y lo mismo éstos á sus padres (1). Segun el derecho Justinianeo para que la desheredacion y pretericion sean válidas, han de estar fundadas en causa legítima expresa en el testamento (2).

§. 960. 3. *Causas de desheredacion.*

Las causas por las que un ascendiente puede desheredar ó preterir á sus descendientes son (3): 1.° si estos maltratan de hecho á aquellos: 2.° si les dirigen injurias graves: 3.° si les acusan de algun crímen, excepto del de lesa magestad: 4.° si tienen amistad con los envenenadores ó han sido cómplices en algun envenenamiento: 5.° si de cualquier modo atentan contra la vida de sus ascendientes: 6.° si el hijo vive amancebado con la muger, ó con la concubina del padre, cuya doctrina se aplica al nieto respecto á la muger de su abuelo, pero no á la hija que vive amancebada con el marido de su madre: 7.° si el hijo ó nieto acusan calumniosamente á su padre ó abuelo, ocasionándoles una gran pérdida en sus intereses: 8.° si constituidos en prision por deudas el padre ó el abuelo, sus hijos ó nietos no quisieran prestar la fianza que aquellos les piden para salir de ella, pudiendo hacerlo: 9.° si un descendiente impide á su ascendiente testar ó modificar el testamento ya hecho: 10. si el hijo oponiéndose á la voluntad de su padre se asocia á los gladiadores, bufones ó mimos *(arenari, mimi)* y permanece con ellos á pesar de las amonestaciones de sus padres: 11. si la hija ó nieta pudiendo casarse convenientemente, para lo

(1) Ulp. II, 14,-23.-Gaj. II, 135.-J. II, 13.
(2) Nov. 115,-C. 3,-5.
(3) Nov. ibid.

cual sus padres le ofrecieron una dote, reusa el casamiento, y se entrega á la prostitucion, á menos que los padres hayan impedido el matrimonio antes de la mayor edad de la hija (1): 12. si los hijos desprecian y no acogen á su ascendiente demente: 13. sino le libertan de la servidumbre: 14. si los descendientes de padres orthodoxos se convierten en hereges.

Los descendientes pueden desheredar ó preterir á sus ascendientes por una de las ocho causas que siguen: 1.ª si son acusados de crímen que merezca la pena capital, excepto el de lesa magestad: 2.ª si los ascendientes atentan de cualquier modo contra la vida de los descendientes: 3.ª si el padre vive en trato ilícito con la muger ó concubina del hijo: 4.ª si los padres impiden á sus hijos testar ó disponer de sus bienes en aquella parte que les concede la ley: 5.ª si uno de los padres da veneno al otro, ya con objeto de perturbarle su razon, ya con el de quitarle la vida: 6.ª si alguno de los descendientes cae en demencia, y su ascendiente le desprecia y no le prodiga los auxilios necesarios: 7.ª si los padres se niegan á libertar á sus hijos de la servidumbre en que están: 8.ª si los padres del hijo orthodoxo se hacen herejes: fuera de las causas que acabamos de indicar, no hay otras que justifiquen la desheredacion ni pretericion. Se cuestiona entre los juristas si la reconciliacion puede ó no destruir el efecto de una ú otra de las causas alegadas, pero este punto que segun los principios generales se resuelve afirmativamente no deja aun de ofrecer duda (2).

(1) El matrimonio que se celebra contra la voluntad de los padres no es una causa de desheredacion. Nov. 115. C. 3. §. 11. Mas priva del derecho de reclamar la dote.
(2) Arg. §. 12. J. IV, 4.-fr. 11. §. 1. D. XLVII, 10.

§. 961. F. *Consecuencias de la desheredacion ilegal.*—1. *En general.*

Hemos sentado que la ley sujeta á los testadores á ciertas obligaciones para con sus herederos legítimos, y vamos á ver las diversas consecuencias á que estan expuestas las disposiciones testamentarias, que no cumplen con aquellas.

Si los herederos legítimos son instituidos, nada pueden contra las disposiciones del testamento, aun cuando el testador no les haya dejado íntegra su porcion legítima, quedándoles solo una accion para repetir el complemento (1). La misma regla se aplica á los hermanos y hermanas, cuando no se les deja íntegra su legítima.

Si los herederos legítimos son absolutamente excluidos, es necesario distinguir entre el derecho antiguo, ó sea el anterior á la Nov 115, y el nuevo ó posterior á ésta: segun aquel: (*a*) los herederos suyos preteridos en el testamento de su padre, podian en derecho civil invalidar éste como nulo ó roto (*nulum, ruptum testamentum*), segun que á la época de su otorgamiento eran ya herederos suyos, ó segun que venian á serlo despues (*posthumi*) (2): los emancipados que eran preteridos, podian pedir *la bonorum possessio contra tabulas*, que tambien se concedia á los herederos suyos preteridos (3). (*b*) Los hijos, ya suyos, ya emancipados expresamente desheredados por su padre, solo tenian el derecho de

(1) §. 3. J. II, 18.-C. 30. pr. C. 35. §. 2. C. 36. C. III, 28.-Nov. 115. c. 5. pr.

(2) Ulp. XXII, 14 y siguientes.-Gaj. II, 123 y siguientes.-pr. §. 1. J. II, 13. fr. 30. D. XVIII, 2.

(3) Ulp. XXII, XXIII, XXVIII, 2.-4. Gaj. II, 135.-§. 3. J. II, 13.-fr. 8. pr. D. XXVII, 4.

la querela *inoficiosi testamenti*: si probaban que la desheredacion fue injusta (*iniqua*) (1): (*c*) contra el testamento de la madre y de los hijos se daba tambien la *querella inoficiosi testa menti*, cuando concurrian iguales circunstancias (2): (*d*) tambien contra el testamento de los hermanos y hermanas, cuando éstos instituyen á alguna persona torpe, sin dejar la legítima á sus hermanos ó hermanas (3). La *querella militaris*, *la bonorum possessio contra tabulas*, y la *querella inoficiosi testamenti* tenian por objeto anular el testamento (4). El derecho nuevo, ó la Nov. 115, cap. 3.-5 dispuso; (*a*) que la disposicion del derecho antiguo, por la cual los hermanos y hermanas pospuestos á una persona torpe, podian atacar el testamento de sus hermanos y hermanas por medio de la *querella inoficiosi*, subsistiera en todos sus efectos: (*b*) respecto á los padres é hijos, como Justiniano mandó, que habian de instituirse, y que no se admitiera su total exclusion, ya fuese hecha por desheredacion, ya por omision, sino es en el caso que se alegára una de las causas determinadas por la Nov.; el testamento hecho en contravencion á este precepto de la ley, podia impugnarse; ya porque el testador no habia manifestado la causa de desheredacion, ya porque la que alegó no era conforme á la ley, ya en fin porque, aun cuando conforme á la ley no era verdadera. Los jurisconsultos, sin embargo,

(1) Fr. 1.-3. D. V, 2. fr. 10. §. 5. D. XXXVII, 4.

(2) §. 7. J. II, 13.-§. 1. J. II, 18.-C. 17, 18. C. III, 28.

(3) C. 27. C. ibid.

(4) Ulp. XXII, 16, 18.-§. 1. J. II, 17.-§. 10. §. 2. D. XXXVII, 5.-fr. 8. §. 16; fr. 28. D. V, 2.-fr. 7. D. XXXVIII, 2. Sin embargo, los legados dejados en el testameto á los ascendientes y descendientes del testador, se conservaban y producian sus efectos en el caso de la b. p. *contra tabulas*: fr. 1. pr. §. 1. fr. 3. §. 1; fr. 5. §. 2. D, XXXVII, 5.

no estan conformes sobre los medios de impugnacion: 1.° los unos quieren que el testamento se impugne siempre por medio de la *querella nullitatis ex jure novo* (*sistema de nulidad puro*): 2.° otros que por medio de la *querella inoficiosi testamenti* (*sistema puro de inoficiosidad*), pero uno y otro producen el mismo efecto, que es anular la institucion de heredero, dejando subsistente lo demas del testamento: 3.° hay, en fin, un sistema medio entre estos dos, por el que el testamento es nulo, si la desheredacion se hizo sin causa, ó al menos si la que se expresó, no era legal; inoficioso, por el contrario, cuando, aunque legal la causa, no es verdadera. De estos tres sistemas, el segundo parece preferible.

§. 962. 2. *De la queja de inoficioso testamento en particular.*—a. *¿Quién puede intentarla?*

Todos los descendientes del testador que tienen derecho á la legítima, pueden intentar la queja de inoficioso testamento. Si no existen descendientes, ó si no pueden, ó no quieren intentar la queja, pertenece este derecho á los ascendientes, á quienes la ley designa legítima, y á los hermanos y hermanas germanos y consanguíneos del testador, cuando son propuestos á una persona torpe. Si muchas personas tienen á la vez el derecho de intentar la queja, y alguno de ellos no quiere hacerlo, acrece su derecho á los demas (1); lo mismo sucede cuando todos los herederos de una clase no pueden, ó no quieren intentarla, en cuyo caso se transmite á los demas que tienen derecho á hacerlo (2).

(1) Fr. 16. pr.: fr. 17. pr. fr. 23. §. 2. D. V, 2.
(2) Segun los principios establecidos, §. 919, 3.º vide: fr. 1. §. 7. D, XXXVIII, 8.-fr. 31. pr.; fr. 13. D. V, 2.-C. 34. C. III, 28.

§. 963. B. *Contra quien se dirige.*

La queja de inoficioso testamento debe dirigirse contra el heredero instituido en testamento (1). Cuando se intenta por los descendientes ó ascendientes, puede dirigirse contra el heredero, cualquiera que éste sea (2), á quien incumbe la prueba de la causa de desheredacion, si el actor niega que sea verdadera (3). Cuando, por el contrario, son los hermanos ó hermanas los que intentan la queja, no pueden dirigirla, sino es contra el heredero que pertenece á la clase de personas torpes (*personæ turpes*); y el actor debe probar, no solo la tacha que se pone al reo ó demandado, sino es la falta de motivo para preferirla (4).

§. 964. C. *Cual es su objeto*

La queja de inoficioso testamento tiene por objeto rescindir el testamento, y restituir la herencia. Si el que la intenta es heredero único abintestato, su objeto es adquirir la sucesion íntegra; pero sino lo es, no tiene mas derecho que á la parte que le corresponde en el abintestato, á menos que no se trate del derecho de acrecer (5). Los hermanos y hermanas tampoco pueden demandar de la persona torpe

(1) Mientras que no ade la herencia está en suspenso fr. 8. §. 10. D. V, 2.
(2) Fr. 8. §. 2. D. ibid. Tambien puede dirigirse contra cualquiera que ocupa el lugar del heredero. C. I, 10. C. III, 28.
(3) Nov. 115. C. 3 §. 13 in fine: sive igitur omnes.=decernimus. Cf. C. 4. §. 9. C. ibid.
(4) Fr. 5. fr. 24. D. V. 2.- . 27. C. III, 28.
(5) F. 8. §. 8. fr. 19. D. V. 2,

preferida á ellos mas, que aquella parte que les cupiera abintestato, y si el testador hubiese instituido juntamente á una persona honesta y á otra torpe, la queja se dirige tan solo á la parte que ésta recibe con arreglo á la voluntad del testador.

§. 965. D. *De los efectos de la queja.*

A. En cuanto á los efectos que produce la queja de inoficioso testamento, si ésta se intenta con buen exito, deben distinguirse los casos siguientes 1. Si la intentan los descendientes ó ascendientes; (*querella ex jure novo.* §. 961): el testamento no se anula mas que en la institucion de heredero, y ésta lo es en todo, si el actor pide una rescision íntegra: lo es en parte, cuando solo la pide parcial (§. 964). Las demas disposiciones que contiene el testamento como legados y fideicomisos quedan válidas (1). Asi pues, si se invalida toda la institucion de heredero, se defiere la herencia abintestato, y pasa aun á aquellas personas que no tenian derecho de ejercitar la queja (2). Si la institucion se rescinde en parte, la herencia se defiere por un órden misto, es decir, abintestato en cuanto á la porcion que el actor obtiene; y testamentaria en cuanto á la parte que queda al heredero, dividiéndose proporcionalmente entre los que reciben la herencia la obligacion de pagar las deudas y legados (3). 2. Cuando la queja se intenta por los hermanos y las hermanas (*quœrella ex jure veteri* §. 961) ha de distinguirse de nuevo. (a) Si ha sido instituida una persona torpe, y la institucion se rescinde del todo, se anula tambien todo el testamento, defiriéndose la sucesion abintestato, y percibiendo su parte en ésta, aun los que no tenian derecho á ejercitar la queja; pero si por la institucion de una persona torpe no se rescinde enteramente el testamento, la herencia se defiere en un órden misto, y los legados quedan válidos; (b) cuando una persona honesta, y otra torpe se han instituido juntamente; tambien sucede que la institucion de esta última se rescinde en todo ó en parte, segun la porcion abintestato de los actores, mientras que la de aquella queda válida, y por consecuencia subsisten tambien lo legados (1).

B. Si la queja se intenta con mal éxito, es decir, si el actor no vence, el testamento queda naturalmente válido y aquel pierde generalmente todo aquello que en este se le habia dejado (2).

§. 966. C. *En que casos no puede intentarse la queja.*

Réstanos aun hacer algunas observaciones sobre la queja de inoficioso testamento y son: 1.ª Que la queja no puede intentarse, sino es cuando el actor carece de otro cualquier medio para asegurar su derecho (3): 2.ª que ha de intentarse dentro de los cinco años de haber adido la herencia el heredero testamentario (4). 3.ª Que solo pasa á

(1) Nov. 115. c. 3· §. 14 in fine Cf. C. 4. §. 9. ibid.

(2) Nov. 115. 1. C. Asi si se provava que el demandante no era el mas próximo abintestato, no se podria aprobechar de la sentencia favorable que obtubiese. fr. 6. §. 1· D, V. 2.

(3) Fr. 15. §. 2. fr. 16. pr. fr. 19. fr. 25. §. 1. D, V. 2.

(1) Arg. fr. 15. §. 2 fr. 24. D, V. 2.-C. 13. C. III, 28.

(2) Fr. 8. §. 12. D. V. 2.

(3) §. 2. J. II, 18.-Cf. C. 14. C, III. 28.

(4) Fr. 8. §. 17. fr 5. 5, D. §V, 2.-C, . 34. 36.-§. 2. C. III. 28,-C. 2. C II, 41.

los descendientes de aquel que tiene derecho de ejercitarla, con tal que no haya renunciado expresamente á ella ni transcurrido el término legal de los cinco años, pero no pasa á otros herederos, sino en el caso en que viviendo su antecesor la hubiese ya opuesto, ó cuando muere, dentro de plazo que el heredero instituido tiene para deliberar (1): 4.ª Que no tiene lugar (a); contra el testamento de un soldado hecho en campaña, si al testador le constaba que tenia herederos lejítimos ó podia tenerlos (2); (b) ni contra el testamento de un hijo de familia que dispuso de su peculio castrense, mientras permanecia en este estado; ni contra el testamento que el hijo de familia hace de su peculio cuasi castrense, excepto si es sacerdote (3); (c) ni contra la sustitucion pupilar hecha por el padre (4); y finalmente (d) ni contra la desheredacion *quæ bona mente fit*, esto es, si se escluye el heredero legítimo con el solo objeto de favorecerle, ó hacerle bien (5).

§. 967. II. *Del contenido fortuito de los testamentos.*

El testamento debe contener una institucion de heredero directo, y tener consideracion á los legítimos. Ademas de estos dos elementos esenciales y necesarios, otras muchas disposiciones pueden formar parte del contenido del testamento, tales son las sustituciones, los legados, fideicomisos, nombramiento de tutores, manumisiones, y otras que dependen absolutamente de la voluntad del testador. De la tutela testamentaria hemos hablado ya en los §§. 877, 878; las manumisiones pertenecen á la historia del derecho, de los legados y fideicomisos hablaremos al tratar de los codicilos, toda vez que lo mismo pueden hacerse en estos que en testamento: resta, pues, hablar aqui de la sustitucion de un heredero directo, porque ésta á semejanza de la institucion no puede hacerse, sino es en testamento.

(1) Fr. 6. §. 2. fr. 7. ibid. C. 5, 34, C. ibid.
(2) §. 6. J, II. 13. C. 9. C, III. 28.-C. 9. 10. C. VI, 21 C. 57. ibid.
(3) C. 37. C. III. 28.-Nov. 123. C. 19.
(4) Fr.-8.-§. 5. D, V. 2.
(5) Fr. 18. D. XXVIII, 2.-fr. 16. §. 2. 3. D, XXVII. 20. fr. 12. §. 2; fr. 47. pr. D. XXXVIII, 2. C. 25. C. III, 28.

§. 968. A. *De la sustitucion vulgar.*

La sustitucion vulgar *(vulgaris substitutio)* (1) es el nombramiento de un segundo heredero directo, para el caso en que el primer instituido no quiera ó no pueda adir la herencia (2). La sustitucion se rige por los principios siguientes:

1.° El que tiene derecho de testar, le tiene tambien de sustituir.

2.° Pero como la sustitucion no es mas que el nombramiento de segundo heredero directo, para el caso que el primeramente instituido no llegue á serlo, ha de hacerse en el testamento, y ha de recaer en persona capaz de ser instituida (§. 951).

3.° Puede hacerse de varias maneras, sustituyendo al primer heredero un segundo, y á éste un tercero *(hærede*

(1) Gaj. II, 174-178. Ulp. XXII, 33, 34.-Paul. III, 4. §. 4, 5.-J. II, 15. D. XXVIII, 6.-C. VI, 25.
(2) Aqui solo hablamos de la sustitucion de *un heredero directo*. Pero las sustituciones pueden hacerse tambien respecto de los legados, fideicomisos y donaciones por causa de muerte. fr. 50. pr. D. XXXI.-C. ún. §. 7.-C. V, 51.

secundo, tertio gradu scribere), en cuyo caso se aplica la regla siguiente: *substitutus substituto est substitutus instituto* (1): tambien pueden sustituirse muchos herederos á uno, y uno á muchos (2), y muchos herederos del primer grado y muchos substitutos pueden ser recíprocamente substituidos, (*substitutio reciproca sive mutua*) (3).

4.° La substitucion produce sus efectos, llegado el caso para el cual se hizo (4). La sustitucion hecha para el caso en que el heredero *no quiera* adir la herencia, sirve tambien para el en que *no pueda*, y recíprocamente (5).

5.° La substitucion coloca al sustituido en el lugar y grado de aquel á quien substituye, percibiendo el sustituto por reglá general la parte que habria recibido al instituido, á no ser que haya cosustitutos que dividan la herencia entre sí (6).

6.° La substitucion concluye, cuando el instituido ó un anteriormente sustituido se hacen herederos (7); cuando el instituido transmite la herencia; cuando el substituido muere antes que el heredero (8); la substitucion recíproca concluye cuando el sustituido recibe la herencia por otro título que el de heredero instituido (9).

---

(1) §. 3. J. II. 15. fr. 27, 41. pr. fr. 47. D. XXVIII, 6. fr. 69. D. XXIX, 2.
(2) §. 1. J. ibid.
(3) Fr. 37. §. 1. D. XXVIII, 5.-fr. 4. §. 1. D. XXVIII, 6.-fr, 64. D. XXXI,
(4) Fr. 3. D. XXIX. 2. fr. 69. D. ibid. C. 3. C, VI, 26.
(5) Arg. fr. 4. pr. D. XXVIII, 6.-fr. 101. D. XXXV, 1.-C. 3. C. VI, 24.-C. 4. C. VI, 26.
(6) §. 2. 1. II, 15. fr. 24. fr. 45. §. 1. D. XXVIII, 6.-C. 1. C. VI, 26.
(7) C. 5. C. VI, 26.
(8) C. ún, §. 4. C. VI, 51.
(9) Fr. 23. 45. §. 1. D. XXVIII, 6.

cuando la substitucion es condicional y no se cumple la condicion (1).

§. 969. B. *De la substitucion pupilar.*

La substitucion pupilar es el nombramiento de heredero, que el padre ó el abuelo paterno hace al hijo ó nieto impúber, constituido inmediatamente bajo su patria potestad, para el caso en que muera antes de haber salido de la pubertad (2). La substitucion es, pues, un testamento que el padre hace por su hijo impúber incapaz de testar por falta de edad.

1.° Este derecho nace de la patria potestad, y solo compete á aquel á quien este poder pertenece; pero es necesario tambien que los hijos ó nietos fuesen en el momento que se hace el testamento *sui*, ó *postumi sui*, respecto del testador; sin embargo que, por medio de la fórmula *lejis Juniæ Velleiæ*, puede éste substituir pupilarmente á los nietos que no se encuentran inmediatamente bajo su potestad al tiempo de hacerse la substitucion, para el caso en que lo esten cuando muera (3).

2.° El que tiene el derecho de substituir pupilarmente, puede por regla general nombrar un heredero para todos los bienes del impúber, sin distinguir su origen, ya vengan estos del mismo testador, ya los haya adquirido por el infante (4).

---

(1) Fr. 14, 21, 23. D. ibid.
(2) Gaj. II, 179, 184. Ulp. XXIII, 7, 9.-J. II, 16.-D. XXVIII, 6.-C. VI, 26.
(3) Fr. 2. pr. D. XXVIII, 6.-Pr. J. II, 16.
(4) Fr. 10. §. 5. D. ibid. Sin embargo el padre que ha arrogado no puede sustituir pupilarmente mas que en los bienes que provienen de él mismo, fr. 10. §. 6. D. ibid.

3.° Si el padre ó el abuelo usan de este derecho, deben necesariamente instituir tambien un heredero directo (1), que puede ser distinto del hijo, porque el padre á la vez que por legítimas causas puede desheredar á su hijo, puede tambien sustituirle pupilarmente (2). La sustitucion pupilar, pues, ha de considerarse como un doble testamento, el que el padre hace por sí mismo, y el que hace por su hijo (3). Es permitido al padre hacer ambos testamentos bajo un mismo contesto, ó el uno por escrito, y el otro nuncupativamente (4). Si los hace á un mismo tiempo, solo está obligado á llenar una vez las solemnidades ordinarias, ya nombre desde luego á su heredero, ya al del hijo (5); pero si los hace en épocas diferentes, debe testar primero por sí, y despues por su hijo, cumpliendo en cada uno de los actos con las solemnidades de la ley (6); sin embargo, el testamento del hijo, debe considerarse siempre como parte constituyente y suplemento del de su padre, y por esta razon corre las mismas vicisitudes que él (7).

4.° Ademas, el padre puede libremente nombrar sustituto de su hijo á la persona ó personas que quiera, aun cuando excluya á los herederos legítimos de aquel (8).

5.° El padre no puede nombrar sustituto á su hijo para una edad en que éste sea capaz de testar; pero si puede hacerlo para un tiempo mas corto que el de la pubertad (1).

(1) Fr. 1. §. 3. fr. 2. §. 1. D. ibid.-§, 5. J, II, 16.
(2) Fr. 1. §. 2. D. ibid. §. 4. J. ibid.
(3) §. 2. J. ibid.
(4) Fr. 20. §. 1. D. XXVIII, 6.
(5) Fr. 20. pr. D. ibid.
(6) Fr. 2. §. 4.-7. D. ibid.
(7) §. 5. J. II, 16.
(8) Fr. 8. §. 5. D. V, 2.

6.° Cuando el padre instituye al hijo, puede no solo combinar expresamente la sustitucion vulgar con la pupilar (*substitutio duplex*), sino es que, hecha una sustitucion, se sobreentiende tácitamente la otra, á menos que no haya declarado lo contrario (2).

7.° La sustitucion pupilar concluye cuando el testamento del padre es nulo (3); cuando el hijo á quien se sustituye pupilarmente, llega á la pubertad (4); cuando antes de la muerte del testador, sale de su poder (5), ó cuando muere antes que el padre: sin embargo, en este último caso la substitucion subsiste como substitucion vulgar, si el hijo fue instituido (segun el principio fijado en el número 6).

§. 970. C. *Privilegios de los soldados en materia de substituciones.*

El soldado que testa militarmente (§. 944), goza de varios privilegios en cuanto á las substituciones vulgar y pupilar: 1.° tiene el derecho de nombrar un segundo ó tercer

(1) Fr. 7. 14. D. XXVIII, 6.
(2) Gaj. II, 179, 180.-fr. 1. §. 1; fr. 4. pr. D. ibid.- fr. 29. D XXVIII, 2.-pr. J. II, 16.-C. 2, 4. C. VI, 26.
(3) §. 5. J. II. 16. Sin embargo, si el hijo ha sido instituido, la substitucion pupilar queda válida, aun cuando aquel herede no *ex testamento*, sino *abintestato*. fr. 2. §. 1. D. XXVIII, 6. Tambien es válida la substitucion, segun la Nov. 115. c. 3, cuando el testamento paterno es impugnado como inoficioso. Segun el antiguo derecho, era nula. fr. 8. §. 5. D. V, 2. *Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit.*
(4) Pr. §. 8, J. II, 16.-fr. 17, 14, 21. D. XXVIII, 6.
(5) Fr. 2. pr. fr. 41. §. 2. D. ibid.

substituto, aun para el caso en que el heredero nombrado ada la herencia; de suerte que el substituido se hace su heredero *directo* (1), al paso que en el testamento de uno que no es militar (*paganus*), una substitucion de este género, no produciria mas efecto que un fideicomiso universal (§. 1027). 2.° Puede substituir pupilarmente aun á los hijos no constituidos en su patria potestad (2), y extender la substitucion pupilar mas allá de la pubertad, pero solamente de los bienes que provienen del mismo (3): no es necesario que nombre heredero propio, y por consecuencia subsiste la substitucion pupilar, aun cuando se invalide su propio testamento (4). La substitucion hecha *jure militari*, y que se separa del derecho comun, se llama hoy *substitutio militaris*, en la que no tiene aplicacion la regla, de que la substitucion vulgar está tácitamente comprendida en la pupilar (5).

§. 971. D. *De la substitucion cuasi pupilar.*

Por analogía á la substitucion pupilar, introdujo Justiniano otra especie de substitucion, por la que los ascendientes de un furioso ó loco tienen el derecho de nombrarle heredero, para el caso en que muera en estado de demencia, fundándose en que tal estado imposibilita al hombre de poder hacer testamento. Esta especie de substitucion la llamó Justiniano, *substitutio ad exemplum pupilaris*, y hoy se la nombra, *substitutio quasi pupilaris, sive exemplaris, sive Justinianea* (1). 1. Cualquier ascendiente del hijo demente, puede substituirle de esta manera, sin distincion de sexo ó grado, esté ó no bajo la patria potestád, y siempre que sea su heredero *abintestato* (2). 2. Esta especie de substitucion solo tiene lugar en aquellos descendientes, cuya demencia es contínua (*qui perpetuo mente capti sunt*), de modo alguno en los que tienen lucidos intervalos (3). El derecho concedido á los ascendientes de substituir á sus descendientes en estado de demencia, no es otra cosa que el derecho de testar por ellos; asi es que cualquier ascendiente que quiere usar de este derecho, puede no solamente testar de sus propios bienes que deja al demandante, sí que tambien de los bienes de éste. Cuando muchos ascendientes sustituyen cuasi pupilarmente cada uno por su parte á su descendiente loco, los sustitutos percibirán respectivamente los bienes que el ascendiente dejó al descendiente; respecto á los bienes propios de éste, los sustitutos se considerarán como coherederos. 4. El ascendiente que quiere usar de este derecho, debe instituir al menos en la legítima á su descendiente en estado de demencia (4). De aqui se deduce legítimamente, que no se puede sustituir cuasi pupilarmente al descendiente loco, desheredado por legítima causa; pero de ningun

(1) Fr. 15. §. 4. D. XXIX, 1.
(2) Fr. 20. D. XXIX, 1.
(3) C. 8. C. VI, 26.-fr. 41. §. 4. D. XXIX, 1.
(4) Fr. 2. §. 1. D. XXVIII, 6.-fr. 15. §. 5. fr. 41. §. 5. D. XXIX, 1.
(5) C. 8. C. VI, 26.

(1) C. 9. C. VI, 26.-§. 1. J. II, 16.
(2) Esto es lo que se deduce de las palabras de la C. 9. citada. Liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta etc.
(3) De aqui se sigue, que si el demente ha hecho un testamento válido antes de caer en demencia, no puede recibir la sustitucion pupilar, §. 1. J. II, 12.
(4) C. 9. C. VI, 36.-*Liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta etc.*

modo que el ascendiente que sustituye, deba necesariamente otorgar su propio testamento, puesto que puede morir abintestato, aunque haya hecho testamento por su descendiente loco, mas si queria instituir á éste solo en la legítima, naturalmente está obligado á testar, porque solo en este testamento puede dejársele la legítima (1).

5.° Cuando el descendiente loco tiene descendientes, el testador está obligado á nombrar el sustituto de entre ellos, bien á uno, á varios ó á todos, y no puede hacer la sustitucion en favor de un extraño; sino tiene descendientes, la sustitucion debe recaer en uno, algunos ó en todos los hermanos y hermanas; en defecto de hermanos y hermanas puede sustituir en fin á un extraño *(extraneo)*: tambien tiene este derecho, cuando los descendientes ó hermanos ó hermanas del demente estan en estado de demencia.

6.° La sustitucion cesa tan luego como el demente recobra su razon, ó cuando muere antes que el testador, ó cuando el sustituido muere antes que él.

TITULO IV.

DE LAS CAUSAS QUE ANULAN LOS TESTAMENTOS.

§. 972. *Reseña general.*

Todo testamento se considera válido, hasta que una causa de nulidad le hace aparecer como nulo desde su origen, ó le anula posteriormente (2).

(1) Nov. 115. c. 3.
(2) Gaj. II, 138-151. Ulp. T. XX, III, J. II, 17. D. XXVIII, 3.

§. 973. I. *De los testamentos nulos desde su origen.*

Las causas siguientes anulan un testamento desde su origen 1.° Cuando no se han observado las solemnidades externas, el testamento es injusto, irregular, é ilegalmente hecho *(testamentum injustum, sive non jure factum)* (1). 2.° Cuando el contenido esencial del testamento es vicioso, v. g. por falta de institucion de heredero, de designacion de la legítima, de capacidad del testador al tiempo de la confeccion del testamento, este es nulo y de ningum efecto *(testamentum nullum sive nullius momenti)* (2).

Los testamentos nulos é injustos se invalidan en todo su contenido (3) y en derecho civil no podian jamas hacerse válidos, aun cuando posteriormente desapareciera la causa de nulidad por el principio de que, *quod initio viciosum est, tractu temporis convalescere non potest* (4). Asi pues, si un testamento era nulo, porque no contenia institucion de heredero, ó la desheredacion de los legítimos (5), aun cuando estos murieran viviendo el testador, el testamento quedaba nulo por derecho civil; mas el pretor le sostenia, dando la *bonorum possessio secundum tabulas* al heredero instituido (6).

(1) Fr. 1. D. ibid. *Testamentum non jure factum dicitur ubi solemnia juris defuerunt.*
(2) Fr. 1. D. ibid. Tambien se le llama *injustum*, v. gr. Fr. 3. §. 3. D. ibid.
(3) Fr. 17. D. XXVIII, 1.-C. 12. C. VI, 23.-C. 29. C. VI, 42.
(4) Fr. 29, 201, 310 D. L, 17.
(5) Pr. J. II, 13.
(6) Gaj. II, 123.-fr. 12. pr. D. XXVIII, 3.

§. 974. II. *Testamentos nulos posteriormente* A.— *Testamentum irritum*

Un testamento válido desde su origen puede invalidarse despues por diversas causas.

A. Cuando el testador sufre una *capitis diminucion*, el testamento se hace por este hecho *inutile, irritum*, y en derecho civil se invalida todo su contenido (1). Pero si el testadór recobra antes de morir el estado (*status*), que habia perdido por la *capitis diminutio*, el pretor sostiene el testamento y dá la *bonorum possessio secundum tabulas* á los herederos instituidos en el mismo (2). Sin embargo, si el testamento se inutiliza por la *capitis diminutio minima del testador*, no se sostiene, aunque éste se haga *sui juris*, si no declara en un codicilo ó de cualquier otro modo que su testamento sea válido (3).

§. 975. B. *Testamentum destitutum.*

B. Cuando el heredero instituido en el testamento no quiere ó no puede aceptar la herencia, bien porque se haga incapaz despues de la institucion, ya porque la condicion de que ésta depende no se cumpla, el testamento queda destituido (*destitutum*), si no hay coheredero ni substituto que reemplace al instituido: y por consecuencia, por derecho antiguo, un testamento como éste se invalidaba en

(1) Ulp. XXIII, 4, 5. Gaj. II, 145, 146.-§. 4, 5. J. II, 17. fr. 6. §. 5. D. XXVIII, 3.-C, 27. C. VI, 42.
(2) §. 6. J. ibid.-fr, 12. pr. D. XXVIII, 3.
(3) Fr. 11. § 2. D. XXXVII, 11.

todo su contenido (1). Mas no es permitido al heredero abintestato, instituido en el testamento, repudiar la herencia *ex testamento* y aceptarla abintestato con el objeto de anular los legados, á no ser que el testador le haya concedido expresamente esta facultad (2). Tambien es necesario admitir, con arreglo á las nuevas disposiciones de Justiniano en materia de legados y fideicomisos, que la repudiacion del heredero instituido no produce la destitucion del testamento en perjuicio de los legatarios y fideicomisarios (3).

§. 976-977. C. *Testamentum ruptum.*

C. Tambien se invalida el testamento cuando se rompe *(ruptum)*, lo que puede suceder de dos maneras diferentes:

1.° Cuando despues del otorgamiento del testamento sobreviene al testador un heredero legítimo, de quien éste no hizo mencion, ó al menos no la hizo debidamente *(testamentum ruptum per agnationem posthumi)*. Este heredero legítimo puede sobrevenir, ora por legítimo nacimiento, ora por legitimacion, ora por adopcion, ora en fin porque alguno que hasta entonces no habia estado mas que mediatamente bajo la patria potestad del testador, pasa inmediatamente á ella (4). Por el derecho antiguo el testamento asi roto se invalidaba en todo su contenido (5), pero por derecho nuevo

(1) Fr. 181. D. L, 17. Si nemo subit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.-Pr. §. 7. J. III, 1.-fr. 9. D. XXVI, 2.
(2) Fr. 1. pr.; fr. 6. §. 1. D. XXIX, 4.-C. VI, 39.
(3) §. 7. J. II, 23.-C. 2, C. VI, 43.-C. 7, §. 1. C. VI, 49.
(4) Gaj, II, 138.-145. Ulp. XXIII, 2, 3.-§. 1. J. II, 17. §. 1, 2, J. II, 13.-§. 2. J. III, 1.-fr. 3. §. 3. D. XXVIII, 3.-C. 4. C. VI, 29. El testamento de un soldado no se rompe porque sobrevenga un póstumo. fr. 7, 8. D. XXIX, 1.
(5) §. 1. J. II, 13.

no se rompe por la exclusion del póstumo, sino en cuanto á la institucion del heredero (1). El testamento roto por la supervenencia de un hijo póstumo queda por derecho civil inválido para siempre, aun cuando el póstumo muera antes que el testador, ó deje de ser su heredero legítimo. Sin embargo, en este caso concedia el pretor al heredero instituido la *bonorum possessio secundum tabulas* (2).

2.° Tambien se rompe el testamento por variar el testestador de voluntad, que puede hacerlo cuando le plazca *(ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum)* (3). El testador puede cambiar de voluntad, (a) revocando el testamento, sin destruirle; ó sin hacer otro nuevo; pero esta simple revocacion no tiene efecto, sino es cuando se hace ante tres testigos, ó ante el juez, con tal que hayan transcurrido diez años desde la confeccion del testamento (4); (b) destruyendo ó borrando el testador con intencion su testamento pero en este caso no anula mas que la parte que destruye ó borra (5); (c) haciendo un nuevo testamento (6), el último ó posterior si es válido anula *ipso jure* al primero ó anterior aunque no se diga expresamente (7); mas para que surta este efecto es indispensa-

(1) Nov. 115. c. 3.
(2) Fr. 12. pr. D. XXVIII, 3.
(3) Fr. 4. D. XXXIV, 4.
(4) C. 6. C. Th. IV, 4. con la C. 27. C. VI, 23 y el §. 7. J. II, 17.
(5) D. XXXVII, 4. C. 11. C. VI, 23. En cuanto al testamento que se destruye por casualidad, vide fr. 1. §. 3. D. ibid,-fr. 1. §. 3 y 7. D, XXXVII, 2. C. 11, C. VI, 23.
(6) Gaj. II, 144.-§. 2. J. II, 17.-fr. 2. D. XXVIII, 3.-Si el testador declara en su segundo testamento que quede válido el primero, subsiste como fideicomiso, §. 3. J. II, 17.-fr. 12. §. 1. D. XXVIII, 3.
(7) Excepto el militar que puede morir con varios testamentos, en cuyo caso los herederos instituidos en todos ellos se consideran como coherederos, fr. 19. pr. D. XXIX. 1.

ble que el segundo testamento sea válido (1), pues si posteriormente el testador anula el segundo con la intencion de que el primero sea válido, queda sin embargo nulo segun el derecho civil extricto, mas el pretor concede al heredero instituido en el mismo la *bonorum possessio secundum tabulas* (2).

§. 978. D. *Testamentum rescissum.*

D. Finalmente el testamento se rescinde (*rescissum*) cuando impugnado por la queja de inoficioso, el juez le declara nulo (3). De este modo de anular los testamentos hemos hablado ya en los §§. 962, 966.

§. 979. *Efecto general de la nulidad de los testamentos.*

En todos los casos en que el testamento, ó es nulo desde su origen, ó se invalida posteriormente, se defiere generalmente la herencia ab intestado (4), si el testamento no puede sostenerse por la *bonorum possessio secundam tabulas.* Sin embargo, en un testamento inoficioso, la sucesion puede ser en parte testamentaria, en parte abintestato, cuando no se rescinde en todo, sino en parte (§. 965).

(1) Gaj. II, 144. §. 7. J. II, 17. fr, 2. D. XXVIII, 3. C. 21. C. VI. 23. A menos que en un testamento anterior y perfecto se haya excluido á los herederos abintestato á quienes se instituyere en el posterior incompleto por la forma exterior, en cuyo caso este segundo testamento subsiste, no como testamento, sino como *ultima voluntas intestati*, anulándose el primero si cinco testigos lo declaran bajo juramento. C. 21. §. 3. cit.
(2 Fr. 11, §. 2. D. XXXVII, 11.
(3) Nov. 115. c. 3. in fine. c. 4. in fine.
(4) Pr. J. III, 1.-§. 6. J. III, 2.

SECCION III.

DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA (1).

CAPITULO PRIMERO.

DE LA ADQUISICION EN GENERAL.



§. 980. *De las especies de adquisicion.*

Toda adquisicion de la herencia presupone que ésta ha sido deferida (§. 909). Mas cuando la herencia se ha deferido ya por testamento, ya *abintestato*, hay que distinguir respecto de su adquisicion: 1.° cuando se ha deferido por derecho civil (*hereditas*) en el sentido extricto (§. 912), hay ciertas personas que no pueden excusarse de adquirir la herencia, esto es, que son herederos necesarios y tienen esta cualidad *ipso jure*, desde el momento de la delacion, y aun cuando ellos lo ignoren. Otras personas por el contrario son libres de admitir ó repudiar la herencia, y no la adquieren, sino es declarando su voluntad expresa ó tácitamente (2): 2.° el derecho de sucesion pretoriana (*bonorum possessio*) no se adquiere nunca *ipso jure*, sino es solamente por la *agnitio bonorum possessionis* hecha ante el pretor, y las personas mismas que heredan *ipso jure* por derecho civil deben

(1) Fuentes.-Gaj. II, 152, 173. Ulp. XXII, 24-34. J. II, 10. D. XXIX, 2. C. VI, 30.
(2) J, II, 19.

pedir la *bonorum possessio* si quieren aprovecharse de estas ventajas (1).

§. 981. I. *De la adquisicion necesaria por derecho civil.*

El derecho romano coloca en el número de las personas que deben necesariamente adquirir una herencia deferida por derecho civil, y que la adquieren por consecuencia *ipso jure* desde el momento de la delacion á las siguientes:

1.° Los esclavos del difunto, cuando son instituidos herederos, recibiendo su libertad. Llámanse estos *necessarii hæredes*, é *ipso jure*, se hacen libres y herederos desde la muerte de su señor (2).

2.° Los herederos suyos del difunto *(sui heredes)*, que deben adquirir la herencia por derecho civil, ya sean llamados á ésta en virtud de un testamento, ya abintestato (3). Para distinguir los herederos suyos de los esclavos, herederos necesarios *(servi necessarii)*, se les llama tambien herederos suyos y necesarios, *(sui et necesarii heredes)* (4).

(1) Fr. 3. §. 3. D. XXXVII, 1.
(2) Gaj. II, 153, 154. Ulp. XXII, 11.-§. 1. J. II, 19.
(3) Fr. 14, 38, 16, sobre todo fr. 11. D. XXVIII,-2,-Gaj. II, 157.-Ulp. XXII, XXIV. Igualmente la adquieren cuando son infantes ó locos, porque no se requiere su voluntad, §. 2.-3, 8. J III, 1.-C. 7. §. 2. C. V, 70.-Sin embargo, si se instituye al heredero necesario con la condicion *si volet*, no adquiere la herencia mientras no declara su voluntad fr. 12. D. XXVIII, 7.-fr. 86 D. XXVIII, 5.
(4) Se llaman *sui heredes* respecto á la adquisicion necesaria de la herencia á todos los que se hallan constituidos bajo la potestad del difunto, hasta el tiempo de la muerte, bien mediata, bien inmediatamente, con tal que en este último caso se les haya deferido realmente la sucesion Gaj: II, 156. Ulp. XXII, XXIV,-§. 2. J. II, 19.-fr. 6. §. 5. D. XXIX, 2.-fr. 1. §. 8. D. XXXVIII, 16. fr. 7. D. XXXVIII, 6.

Sin embargo, el pretor concedió á los herederos suyos y necesarios, y solo á ellos, la facultad de renunciar á la herencia paterna, *(potestas abstinendi)*. El heredero suyo, que se aprovecha de este beneficio, no deja de ser heredero, cuya cualidad adquiere *ipso jure* desde la muerte de su padre *(quia semel heres semper heres manet)*, pero el pretor obra como sino lo fuera (1), y el efecto de esta ficcion es, que la adquisicion de la herencia no tiene para él ninguna otra consecuencia; por lo tanto, ni le aprovecha ni le daña, ni está obligado á pagar las deudas ni los legados; mas por el hecho de abstenerse, el testamento no se invalida (2). Para que el heredero suyo pueda usar del derecho de abstenerse, es necesario que no se mezcle en la herencia, ni en ninguna cosa que sea objeto de la misma (3).

§. 982. II. *De la adquisicion voluntaria por adicion.*

Todos los demas herederos que no tienen la cualidad de necesarios, no adquieren *ipso jure* la sucesion que se les ha dejado; necesitan de la adicion, es decir, de un acto por el cual declaren que aceptan la herencia. Como este acto de-

(1) Fr. 12. pr. D. XI, 1. *Prætor eum qui abstinuit non habet heredis loco.*

(2) Gaj. II. 158, 163.-Ulp. XXII, XXIV, fr. 57. D. XXIX, 2.-fr. 30. §. 10. D. XL, 5. Non est sine herede, qui suum heredem habet, licem abstinentem se.-Cf. fr. 9. D. XXXVII, 7.-fr. 44. D. XLII, 1. fr. 27. §. 3. D. XXXVI, 1.-fr. 12. D. XXVIII, 6.

(3) Fr. 71. §. 3,-8; fr. 91. D. XXIX, 2. Sin embargo los impúberes podian invocar este beneficio, aun cuando se hubiesen inmiscuido en la herencia; el puber obtenia tambien fácilmente la restitucion fr. 11, 12, 57. D. ibid. y §. 5. J. II, 19.-Gaj. II, 163. La prueba de que el heredero se ha inmiscuido en la herencia debe hacerse por aquel que alega el hecho y niega el derecho de abstenerse á los herederos suyos.

pende exclusivamente de su voluntad, es decir, que son libres en aceptar ó renunciar la herencia (1), se les llama herederos voluntarios *(heredes voluntarii)* (2), y cuando se les opone á los herederos suyos, *extranei heredes* (3).

§. 983. A. *Nocion y especies de adiccion.*

La adiccion de la herencia consiste en la declaracion que hace el heredero de aceptar la herencia para que ha sido llamado; esta declaracion puede hacerse expresa ó tácitamente. 1.° Cuando se hace expresamente se llama en la sucesion civil *aditio hereditatis* (4), y en la sucesion pretoriana, *agnitio bonorum possessionis*: la primera debia hacerse por el heredero mismo: la segunda podia hacerse por medio de procurador (5). 2.° La declaracion es tácita, cuando el heredero ejecuta algunos hechos que suponen su intencion de aceptar la herencia, y de ser tal heredero. La adicion tácita toma el nombre de *gestio pro herede* (6). Ade-

(1) Esta declaracion debe hacerse siempre por el mismo heredero que renuncia la sucesion, fr. 90. pr. D. XXIX, 2. C. 5. C. VI. 30. En el caso de la *bon. poss*, puede hacerse esta declaracion por otro, fr. 3. §. 7. D. XXXVII, 1.

(2) Fr. 15, 16. D. XXIX, 2.-fr. 3. §. 3. D. XXVIII, 5. Asi es como un heredero suyo y necesario, instituido bajo la condicion *si volet*, venia á ser heredero voluntario, fr. 86. D. ibid.-fr. 12. D. XXVIII, 7.

(3) Gaj. II, 161. §. 3. J. II, 19, §. 7. J. III, 1.

(4) Fr. 45. pr. D. XXIX, 2.-fr. 95. §. 2. D. XXVI, 3. Sobre la antigua *crestio* que fué abolida por Theodosio en la Const. 17. C. VI, 30. véase la Historia interna.

(5) Fr. 90. pr. D. XXIX, 2.-C. 5. C. VI, 30.-fr. 3. §. 7. D. XXXVII, 1.

(6) §. 7. J. II, 19. fr. 28, 88. D. XXIX, 2.-C. 2. C. ibid.

mas, la renuncia de la herencia hecha de un modo expreso, se llama *repudiatio*, y la tácita, sobre todo cuando se funda en que el heredero no ha usado por cierto tiempo de su derecho, se llama *omissio hereditatis*, (1); por otra parte, el heredero que quiere adir la herencia, debe aceptarla tal como se le ha diferido; y no puede hacerlo, ni bajo condicion, ni en parte (2). Una vez repudiada la herencia no puede ya adirse (3).

§. 984. B. *¿Quien puede aceptar y renunciar?*

Para poder aceptar ó renunciar una herencia, es necesario que aquel á quien se defiere sea una persona independiente, y goce al tiempo de la adicion ó de la renuncia, del uso de sus facultades y de la libre disposicion de sus bienes.

1. Por el derecho antiguo, el hijo de familia no podia aceptar ni repudiar la herencia que se le habia dejado, sino es prévio el mandato del padre (4), quien la adquiria desde que el hijo la aceptaba (5). Lo mismo acontecia con el esclavo de otro, quien para adir la herencia necesitaba del mandato de su señor, *jussu domini*, para el cual adquiria (6). Por derecho nuevo se necesitan generalmente el consentimiento del padre y del hijo para la adicion ó repudiacion

(1) Fr. 95. D. XXIX, 2.-fr. 1. §. 4. D. XXXVI, 4.-C. VI, 31.
(2) Fr. 1. fr. 2. fr 51. §. 2.; fr. 52. §. 1.; fr. 53. D. XXIX, 2
(3) Gaj. II, 169. Ulp. XXII, XXIX,-§. 7. J. II, 19.
(4) Fr. 6. pr. §. 1.-4; fr. 8. §. 1; fr. 13. §. 3; fr. 36. D. XXIX. 2.
(5) §. 1. J. II, 9.
(6) §. 3. J. ibid.

de la herencia (1); y el padre solo adquiere el usufructo de los bienes que el hijo hereda, cuya propiedad pertenece á éste (2). Sin embargo, esta regla se ha restringido y modificado de la manera siguiente: (a) cuando el hijo de familia, al tiempo de la delacion de la herencia, está aun en la edad de la infancia ó ausente, puede el padre ciertamente aceptar ó repudiar por sí solo la herencia (3); pero en uno y otro caso se reserva al hijo el derecho de pedir la restitucion contra la aceptacion ó renuncia de su padre, cuyo derecho le concede la ley en una edad mas avanzada, ora esté, ora no esté bajo la patria potestad. Cuando el hijo de familia es restituido contra la aceptacion del padre, responde éste de todas las cargas de la herencia; si por el contrario es restituido contra la renuncia de su padre, responde el hijo de todas las cargas hereditarias, y el padre no tiene, ni aun el derecho de exigir el usufructo de la herencia (4). Si el hijo muere en la edad de la infancia, y el padre aun no ha hecho su declaracion respecto de la herencia, conserva siempre la facultad de aceptarla por sí mismo (5). (b) Cuando el hijo de familia al tiempo de la delacion ha salido de la infancia, *(infantia major)*, y rehusa aceptar la herencia, el padre de su cuenta y riesgo puede adirla, sin que el hijo pueda hacer valer derecho alguno; si por el contrario niega el padre su consentimiento para la aceptacion, el hijo puede por sí mismo adir la he-

(1) C. 4. C. 18. §. 4. C. VI 30.
(2) C. 6. C. 8. §. 3. C. VI, 61.
(3) C. 3. C. VI, 9.-C. 18. pr. C. VI, 30.
(4) C. 8. §. 6. C. VI, 61.
(5) C. 18. §. 1. C. VI, 30. A esto es á lo que llaman los modernos *tansmissio ex capite infantiæ*.

rencia, en cuyo caso el padre no adquiere el usufructo de la misma; pero si el hijo es menor, necesita de un curador que administre los bienes hereditarios (1).

2. Un pupilo no puede aceptar ni repudiar una herencia, sino es con la autorizacion de su tutor (2). Pero si está aun en la edad de la infancia, el tutor puede aceptarla por él; si el pupilo infante no tiene tutor, ó si éste por descuido no ade la herencia, y muere el pupilo en la infancia, la sucesion pasa á aquel que la habria obtenido, no existiendo el pupilo (3). Si por el contrario, el pupilo ha salido de la infancia *(infantia major)*, debe aceptar por sí mismo la herencia, interponiendo al efecto el tutor su autorizacion; sino tiene tutor, puede obtener la autorizacion del juez (4).

3. Es indudable que, segun los principios del derecho romano, un menor púber no puede por si solo y sin el consentimiento de su curador, aceptar una herencia: lo mismo se dice del pródigo, á menos que la herencia le sea útil (5).

4. Cuando una herencia se defiere ó deja á un loco ha de distinguirse: (a) si es la sucesion paterna la que se le defiere como á heredero suyo; en cuyo caso necesariamente la adquiere, pues que no es necesaria su voluntad (6): (b) en cualquier otro caso, en que es considerado como heredero voluntario, ni él, ni su padre, ni su curador, pueden aceptar la herencia (1): segun las disposiciones del derecho nuevo, el padre y el curador deben pedir provisionalmente la *bonorum possessio*, y administrar la herencia como todos los demas bienes del furioso (2), quedando éste obligado á manifestar, luego que recobre el uso de sus facultades mentales, si quiere aceptar ó repudiar la herencia. Mas si muere durante su estado de enagenacion mental, ó si despues de su curacion no manifiesta su voluntad, ó repudia espresamente la herencia, el que la administra debe restituirla á los mas próximos parientes del difunto (3).

(1) C. 8. pr. §. 1, 2, 3. C. VI, 61.
(2) Fr. 9. §. D. XXVI, 8.-fr. 9. 46. D. XXIX.
(3) C. 18. §. 2. 3. C. VI, 30.
(4) C. 5. 18. §. 4. C. VI, 80.-C. 7. C. VI, 9.
(5) F. 5. §. 1. D. XXIX, 2. fr. 6. D. XLV, 1.
(6) §. 3. J. III., 1.-fr. 63 D. XXIX: 2.-C. 7. §. 2. C. V. 70.

§. 985. a. *C. De la herencia yacente.*

Mientras que el heredero voluntario no acepta ó repudia expresa ó tácitamente la herencia, se llama esta *hereditas jacens*, y por una ficcion del derecho representa al difunto; *hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet* (4).

De aqui se deduce que la herencia es capaz de adquirir, con tal que para la adquisicion no requiera un hecho determinado de parte del adquirente, v. g., la posesion (5). Su administraccion está encomendada á un curador (6). Tan luego como el heredero ade la herencia cesa esta fic-

(1) Arg. fr. 40. D. L. 17. Combinado con el fr. 90. pr. D. XXIX, 2.
(2) D. XXXVII, 3.-C. 7. §. 3. C. V. 70.
(3) C. 7. §. 8. 9. C. ibid.
(4) Fr. 34. D. XLI. 1. §. 2. J. II. 14.-pr. J. III, 17. (18)-fr 31. §. D, XXVIII, 5.-fr. 13. §. 5. D. XLIII, 25.-fr. 1. pr. D. L 8.
(5) Fr. 61. pr. D. XLI, 1. fr. 31. §. 5.; fr. 40; fr. 44. §. 3. D. XLI. 3.
(6) Fr. 1. §. 1. in fine D. L. 4.-fr. 22. §. 1. D. XLII. 5.

cion de la ley; mas se considera que la adicion tuvo efecto en el momento de morir el finado (1).

§. 985. b. D. *De las causas de incapacidad en materia de sucesiones y legados* (2).

Hay muchos casos en que la ley prohibe que el heredero ó legatario perciban la parte que de la herencia les corresponde por considerarlos indignos de ella. En estos casos que se llaman de indignidad, dice la ley, *heres vel legatarius capere non potest, ó ei eripitur*; y esta porcion que el heredero ó legatario no son dignos de percibir, se da, ya al fisco, ya á otras personas (3), y la accion por medio de la cual se reclama la herencia que le ha sido deferida á una persona indigna, se llama *peticion de la herencia (hereditatis petitio)*.

I. De estos casos hay algunos que son comunes á las herencias y á los legados. A. El heredero ó legatario es declarado indigno *en favor del fisco*; 1. si ha dado la muerte ó ha atentado contra la vida del difunto (4). 2. Si habiendo intentado la *querella inoficiosi testamenti*; ó impugnado el testamento, se declaró por desierta la demanda (5): 3. Si se ha encargado secretamente de transmitir algunos de los bienes hereditarios á personas declaradas incapaces *fideicomisun tacitum* (§. 1027) (1). 4. Si por violencia ó dolo impidió que el difunto hiciera testamento, ó modificára el que tenia hecho, en cuyo caso la herencia y los legados se niegan, no solo al que usó de la violencia ó del dolo, si que tambien al que se utilizó de ella (2): 5. Si el tutor, contra la prohibicion de la ley, se casó con su pupila, pues entónces se apodera el fisco de los bienes que ella le deja (3): 6. Si entre el difunto y el heredero ó legatario ha existido un matrimonio prohibido por causa de adulterio ó incesto (4). 7. Si el heredero ó legatario disputan al difunto su *status* (5): 8. Si ha descuidado el cumplimento de las obligaciones que el testador le encargó en su última voluntad, no habiendo otras personas preferidas al fisco (6): 9. Finalmente, la ley confisca todos los bienes que se dejan á las mugeres públicas, ó de vida deshonesta, sin embargo de que en este caso, ciertos parientes se prefieren al fisco (7).

B. El heredero ó legatario es declarado indigno *en favor de otra persona*. 1. Si no quiere encargarse de la educacion que se le habia impuesto por la última disposicion del difunto, en cuyo caso los bienes que él debiera recibir, pasan á los coherederos, á los substitutos, y á los herederos abintestato, y los legados á aquel que está gravado con

(1) Fr. 54. D. XXIX, 2.-fr. 138. pr.; fr. 193. D. L. 17.-fr. 24. D. XLVI. 2.
(2) D. XXXIV, 9.-C. VI. 35.
(3) Fr. 15. pr. D. XXIX, 5.-fr. 2. §. 1.; fr. 13. fr. 16. D. XXXIV. 9. C. 4. C. VI, 35.
(4) Fr. 3. D. XXVI, 9.-fr. 7, §. 4. D. XLIVII,-20 C. 10. C. VI 35.
(5) Fr. 8. §. 14; fr. 22. §. 2. 3. D. V. 2.-fr. 5. §. 1. 3, 5. 5. 16. D. XXXIV,-3. fr. 3. §. 4. D. XLIX, 14;-fr. 10. 3. D. XXX.

(1) Fr. 10. D. XXXIV, 9.-fr. 3. §. 4.; D. XLIX. 14.-fr. 103. D. XXX,
(2) Fr. 1. pr. §.; fr. 2. pr. D. XIX, 6.-fr. 19, D, XXXIV. 9. C. 1. 2. C. VI, -34.
(3) Fr. 2. §. 1. 2. D. XXXIV. 9.
(4) Fr. 13. D. XXXIV, 9.-C. 4. C. V. 5.
(5) Fr. 9. §.-2. D. ibid.
(6) Nov. I. c. 1.-4.
(7) Fr. 13, 14. D. ibid.-fr. 41. §. 1. D. XXIX. 1.-C. 3. C. Th. II. 9.

su pago (1). 2. El mismo principio se aplica al heredero ó legatario que no hace al difunto el entierro que le mandó (2). 3. Si el heredero ó legatario alega una escusa que le dispense de la tutela, de que habia sido encargado, la sucesion se transmite á los substitutos, á los coherederos ó á los herederos abintestato, y el legado pasa al pupilo (3): 4. Si el heredero ó legatario no cumplen, los deberes que les han sido impuestos, su porcion se divide entre las otras personas preferidas en el testamento, y en defecto de estas pasa á los herederos abintestato (4).

II. Hay otros casos que solo dicen relacion á las sucesiones; A. El fisco hereda: 1. cuando el heredero no denuncia ni persigue ante los tribunales al asesino del difunto (5): 2. Cuando viviendo el finado, y sin su consentimiento, ha celebrado contrato sobre la sucesion del mismo (6): 3. Cuando el testador tachó con intencion el nombre del heredero, ó revocó su primer testamento por otro, nulo á causa de la institucinn de una persona incapaz (7). 4. Cuando el heredero ha ocultado ó estraviado en perjuicio de los legatarios, cosas pertenecientes á la herencia, en cuyo caso el fisco, subrrogándose en lugar del heredero percibe la porcion determinada por la ley falcidia (8). B. El heredero abintestato es declarado indigno en favor de *otras personas*.

(1) Fr. 1. §. 3. D. XXVII. 2.
(2) Fr. 12. §. 4. D. XI, 7.
(3) Fr. 28. §. 1. D. XXVII, 1.- fr. 5. §. 2. D. XXXIV. 9.
(4) Nov. 1, C. 14.
(5) Segun el senado cons. Silaniano: fr. 9. fr. 15. §. 2. D. XIX, 5,-C. 1. 5.-10. C. VI. 35.
(6) Fr. 2. in fine D. XXXIV, 9,-C. 30. C, II, 3.
(7) Fr. 12; fr. 16. §. 2. D. XXXIV, 9.- . 4. C. VI, 35.
(8) Fr. 6. D. ibid.

1. Cuando no cumple con el deber que se le impuso de pedir un tutor para el pupilo (1). 2. Cuando los hijos ó padres han dejado morir cautivo en poder de los enemigos al difunto á quien ellos habrian heredado, en este caso la iglesia del lugar en que nació el finado, sucede en los bienes de éste (2). 3. El que prodiga sus cuidados al que se halla loco ó furioso, se coloca en lugar de los herederos de éste, si despues de haberles suplicado se encargáran del enfermo, reusan hacerlo (3).

III. Finalmente, hay casos que solo se aplican á los legados. Los legatarios son incapaces, en favor de aquel que está obligado al pago de los legados. 1. Cuando distraen la cosa legada (4). 2. Cuando por mala fé ocultan el testamento (5). Justiniano confirmó expresamente todos estos casos de incapacidad (6).

CAPITULO II.

DE LOS EFECTOS DE LA ADQUISICION DE UNA HERENCIA.

§. 986. I. *En general.*—A. *De la representacion del difunto.*

El efecto principal que produce la adquisicion de una herencia es, que el heredero con respecto á los bienes del difunto se considera con éste como una sola y misma perso-

(1) Véase §. 880.
(2) Nov. 115. c. 3. §. 13; c. 4. §. 17.
(3) Nov. cit. c. 3. §. 12, véase §. 928.
(4) Fr. 48. D. XXXVI, 1.-C. 5. C. VI, 37.
(5) C. 25. C. VI, 37.
(6) C. ún. §. 12. C. VI, 51.

na. De aqui se sigue: 1. que los bienes del difunto y los del heredero se consideran como un todo unido, *(confussio bonorum hæredis et defuncti)* (1) y el heredero se subrroga en lugar del difunto con respecto á todos los créditos activos y pasivos de éste, excepto en los derechos y obligaciones esencialmente personales (2); el heredero, pues, está obligado al pago de todas las deudas, aun cuando estas escedan al importe de la sucesion (3). 2. Tambien está obligado á reconocer y pasar por todos los actos que afectan á los bienes del difunto (4). 3. Finalmente, está obligado al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la última voluntad del difunto, al pago de los legados y fideicomisos; pero solo en cuanto quepan en la herencia, deduccion hecha de las deudas (5). El derecho ramano considera como una obligacion *cuasi ex contractu*, este deber del heredero para con el legatario y fideicomisario (6).

---

(1) Fr. 75. fr. 95. §. 2. D. XLVI. 3.

(2) Mas la posesion del difunto no es la suya, por lo que está obligado á tomarla por sí, fr. 23. pr. D. XLI, 2.

(3) Fr. 8. D. XXIX, 2.-C. 10. C. 22. §. 12, 14. C. VI, 30.- El soldado no está obligado por las deudas, sino hasta la concurrencia de los bienes que hereda.

(4) Fr. 1. pr. §. 1; fr. 3. D. XXI, 3.C. 3. C. IV, 51.

(5) Fr. 23 in fine. D. XLII, 8.-fr. 17. D. XXXIX, 6. Cuando los legados exceden á la herencia, deben disminuirse proporcionalmente y el heredero conserva su derecho sobre la porcion determinada por la ley Falcidia, fr. 80. D. XXX. Mas por derecho nuevo, para gozar el heredero de esta ventaja debe aceptar la herencia á beneficio de inventario. Nov. I. c. 2. §. 2.-Véase §. 989 al fin.

(6) §. 5. J. J. II, 27. (28)-fr. §. 2. D. XLIV, 7.-fr. 3. §. últ. fr. 4. D. XLII, 4.

§. 987. B. *Modificacion de estos efectos.*

Como la adquisicion de una herencia, cuyo pasivo escede al activo, puede facilmente perjudicar al heredero, le concede la ley para evitar este daño dos medios, el derecho de deliberar *(jus diliberandi)*, y el beneficio de inventario *(beneficium inventari)*. Todos los herederos, ya sean suyos, ya sean voluntarios pueden invocar estos beneficios de la ley (1) y depende de ellos aceptar ó repudiar la herencia pura y simplemente, ó reservándose el derecho de deliberar, ó bajo el beneficio de inventario (2); sin embargo, las consecuencias y los efectos de estas dos especies de aceptacion son muy diferentes.

§. 988. 1. *Del derecho de deliberar.*

Se entiende por derecho de deliberar *(jus deliberandi)* e que tiene el heredero para examinar el estado de la herencia y decidir si conviene á sus intereses aceptarla ó repudiarla (3). Pueden aplicarse al derecho de deliberar los principios siguientes: 1.° cuando otros herederos, v. gr., coherederos, sustitutos, ó herederos abintestato, ó acreedores de la herencia, tienen interés en que el heredero manifieste si la acepta ó repudia, está obligado éste á declararlo inmediatamente, ó á pedir un plazo para deliberar; este plazo es de un año si se concede por el príncipe, y si por el juez, de nueve meses, contándose siempre desde el dia de la concesion (4). Transcurrido el plazo sin que el heredero haya ma-

---

(1) Fr. 8. D. XXVIII, 8.

(2) C. 22. §. 14. C. VI, 30.

(3) D. XXVIII, 8.-C, VI, 30.

(4) C. 22. §. 13. C. ibid.

nifestado su voluntad, se supone que ha repudiado la herencia, cuando hay otros herederos á quienes interesa que se haga esta declaracion; si por el contrario son los acreedores los que instan, se le considera como si hubiese aceptado (1); si muere antes de concluirse el plazo, pasa á los herederos el derecho de aceptar ó repudiar la herencia durante él (2). 2.° Cuando no hay persona que inste para que el heredero haga su declaracion, la ley concede á éste un año para deliberar, y si muere dentro de él, pasa su derecho á sus herederos. Mas si el heredero deja transcurrir el término para deliberar, y muere pasado éste, nada se transmite á sus herederos, á no ser que antes de concluirse el año pidiera prorroga, en cuyo caso, si aun queda algo del nuevo término concedido, se aprovechan de él (3). 3.° Cuando el heredero, que tanto en uno como en otro caso ha deliberado, manifiesta querer aceptar la herencia, queda responsable pura y simplemente al pago de todas las deudas del difunto (4): el mismo principio se aplica al heredero que, dejando transcurrir el plazo sin deliberar, es considerado y tenido como tal heredero.

§. 989. 2. *Del beneficio de inventario.*

Por derecho antiguo, todo heredero, que habia realmente adquirido esta cualidad, quedaba pura y simplemente obligado al pago de todas las deudas, aun cuando éstas excedie-

(1) C. 69. C. ibid.-D. XXIX. 2.
(2) C. 19. C. VI, 30.
(3) C. 19 cit. Esta transmision del derecho de deliberar se llama *transmissio Justinianea.* Véase el §. 991.
(4) C. 22. §. 14. C. ibid.

ran del activo de la herencia: solo el soldado se exceptuaba de esta regla (1). Justiniano hizo extensivo á todas las clases de herederos el privilegio concedido antes á los militares, siempre que aquellos declarasen al tiempo de adir la herencia, que la aceptaban á beneficio de inventario (2).

A. En cuanto á la formacion del inventario, el mismo Justiniano dictó las disposiciones siguientes: 1.° El heredero debe comenzar la formacion del inventario dentro de los treinta dias, á contar desde el en que supo era heredero, y á concluirle dentro de los sesenta dias siguientes. Si el heredero está ausente, se le concede un año para su formacion. 2.° A la formacion del inventario debe concurrir un escribano público *(tabellarius)*, y segun lo dispuesto posteriormente por la nov. 1. c. 2. §. 1. todas las personas interesadas en la herencia (acreedores, legatarios, coherederos), y en su defecto tres testigos. 3.° El inventario debe estar suscrito por el escribano y por el heredero: si éste no sabe firmar, debe signar con una cruz, en cuyo caso debe certificar un segundo escribano de este hecho. Tambien puede exijirse que el heredero bajo juramento manifieste estar el inventario fielmente hecho, y si oculta algo maliciosamente, queda obligado al pago del doble de la cantidad que ocultó.

B. La aceptacion de la herencia á beneficio de inventario produce los efectos siguientes: 1. El heredero no deja por esta circunstancia de ser verdaderamente heredero, antes bien goza del beneficio de no satisfacer los créditos y legados si no en tanto cuanto importa el activo de la he-

(1) C. 22. pr. §. 15. C. VI. 39.
(2) C. 22. C. VI, 30.-Nov. I, c. 12.

rencia, á cuyo fin está obligado á enagenar ó dar en pago todas las cosas pertenecientes á la misma. 2. Mientras dura la confeccion del inventario nada pueden pedir los acreedores; pero concluido aquel, debe el heredero pagar los créditos y legados en el órden en que se le presenten, sin consideracion alguna á los derechos de prenda, hipoteca, ó cualquier otro privilegio, y consumido por esta causa el haber de la herencia, él y el comprador de los bienes hereditarios quedan libres de toda responsabilidad. 3. El heredero tiene derecho á deducir de la herencia con preferencia á cualquier otro crédito, los gastos de entierro del difunto, de apertura de su testamento, y formacion de inventario. 4. No hay confusion entre el patrimonio del heredero y el del difunto; asi es, que si aquel es acreedor de éste, tiene derecho á pagarse como cualquier otro, y recíprocamente, si es deudor, debe llevar á la masa hereditaria cuanto debia al difunto para que se distribuya entre los acreedores. 5. El heredero que no forma el inventario en el tiempo qué marca la ley, pierde todos los beneficios que de él resultan, lo mismo que si no manifiesta su voluntad en el tiempo concedido para deliberar; de consiguiente el heredero está obligado á optar entre el beneficio de inventario, y el plazo para deliberar (1). Una disposicion posterior de la nov. 1. c. 2. §. 2, ordena, que el heredero que adió la herencia sin inventario, pierde no solamente el derecho á la cuarta falcidia, sino que queda obligado, aun con sus propios bienes al pago íntegro de los legados.

(1) C. 22. §. 1-14. C. VI, 30.

§. 990. 991. C. *De la transmision.*

El efecto mas importante de la adquisicion de una herencia es, que el heredero la *transmite* á sus herederos como parte constituyente de sus propios bienes. 1. Mas como el heredero suyo adquiere *ipso jure* desde el momento de la delacion la herencia que le ha cabido, se deduce de aqui que la transmite á sus herederos, con tal que sobreviva un solo instante al difunto, y aunque ignorase que era heredero (1); á esto es á lo que se llama hoy, *transmissio ex capite suitatis*. El heredero voluntario, por el contrario, no adquiere la sucesion, sino es por medio de la adicion, por lo que se le aplica la regla, *hereditas nondum adita, non transmittitur ad heredes* (2).

Hay, empero, muchos casos, en los cuales esta regla sufre algunas excepciones, porque frecuentemente un heredero voluntario, que muere antes de hacer su declaracion de adir ó repudiar la herencia, transmite sin embargo á sus herederos el derecho de aceptar la que se le habia deferido. Asi, 1.°, cuando el heredero no ha podido adir la herencia por un impedimento legal, luego que cesó éste, tienen sus herederos el derecho de aceptarla (3). 2.° Cuando el heredero no ha podido adir la herencia por estar ausente en negocios del estado, sus herederos tienen el derecho de pedir la restitucion por causa de ausencia, y aceptar tambien la herencia (4), á lo que se llama hoy, aunque equivocadamente,

(1) C. 3. C. VIII, 30.
(2) C. 7. C. ibid.
(3) Fr. 3. §. 30. fr. 4. D. XXIX, 5.-fr. 4. §. últ. fr. 5. D. XXVII, 4. fr. 12. D. XXVII. 10.
(4) Fr. 30. pr. Fr. 86. pr. D. XXIX, 2.-C. 1. C. II. 51.

transmissio ex capite restitutionis in integrum. 3.° Cuando una herencia fue deferida á un infante, y el padre, bajo cuya patria potestad se hallaba, descuidó adquirirla, si el hijo muere en la infancia (*infantia*), tenia el padre el derecho, segun una disposicion de Teodosio, de aceptar aun la sucesion por sí mismo; igual derecho tenia el padre, cuando el hijo era *sui juris* al tiempo de la delacion (*transmissio ex capite infantiæ*) (1). 4.° Cuando un descendiente es instituido heredero por el testamento de un ascendiente, y muere antes que el testador, ó al menos antes de adir la herencia, transmite el derecho de aceptarla á sus descendientes, quienes se consideran aqui como sustituidos por la ley, pero no á sus demas herederos. Este principio se funda igualmente en una constitucion de Teodosio, y se llama hoy, *transmissio Theodosiana* (2). 5.° Cuando un heredero muere dentro del año, desde que tuvo conocimiento de la delacion de la herencia, ó antes que transcurra el plazo que se le concedió para deliberar, sin haber hecho declaracion alguna, sus herederos pueden aun aceptar la herencia dentro del tiempo que resta de dicho plazo. Esta especie de transmision se llama hoy, *transmissio Justinianea*, porque está basada en una constitucion de este emperador (3); cualquiera que tiene el derecho de adquirir una herencia, fundándose en una de éstas transmisiones, excluye á todos aquellos, á quienes su autor habria excluido, y por consecuencia tambien á los sustitutos de este último.

(1) C. 18. §. 1, 3. C. VI, 30.
(2) C. VI, 52.
(3) C. 19. C. VI, 30.

§. 992 y 993. *De los medios que competen al heredero para perseguir su derecho.*

La ley dá al heredero medios legales, ya *petitorios*, ya *posesorios* para perseguir en justicia su derecho de suceder, y la misma herencia.

A. A los medios *petitorios* pertenecen, la peticion de la herencia (*hereditatis petitio*) (1), que compete á todo heredero *testamentario ó abintestato* (2), *civil ó pretorio* (3), *directo ó fideicomisario* (4), *ex asse ó ex parte* (5). La peticion de la herencia tambien puede ejercitarla *utiliter*, aquel que compró, ya el todo, ya parte de la misma herencia (6), pero no puede ejercitarse, sino contra el que se opone á la sucecion del demandante, y retiene las cosas que forman parte de ella. La peticion de la herencia puede, pues, intentarse (*a*) contra el *qui pro herede possidet*, es decir, contra el que se tiene por heredero, y niega al actor su derecho de sucesion (7): (*b*) contra el *qui pro possessore possidet*, es decir, contra aquel, que no pudiendo probar su posesion con un tí-

(1) D. V, 3.-C. III, 31.
(2) Fr. 1.-3. D. V. ibid. Si la peticion de la herencia se intenta por el heredero abintestato contra el que lo es por testamento, é impugna al mismo tiempo la válidez del testamento, se llama *hereditatis petitio qualificata*.
(3) D. V, 5. Si se intenta por el heredero pretorio, se llama *hereditatis petitio possessoria*.
(4) Fr. 1, 2. D. V, 6. Si se intenta por el fideicomiso, se llama *hereditatis petitio fideicomisaria*.
(5) D. V. 4. En este caso se llama hoy *hereditatis petitio partiaria*.
(6) Fr. 54. pr. D. V. 3.
(7) Gaj. IV, 144.-fr. 9.-11. D. ibid.-§. 3. J. IV, 15.

tulo suficiente, niega sin embargo, al actor su derecho (1). El objeto de esta accion es declarar que aquel que la intenta es, ó bien heredero único, ó bien coheredero, entregándole en su consecuencia toda la herencia, ó la porcion que le corresponde, ó aquella que el reo posee con todos sus accesorios (*cum omni causa*) (2). En cuanto á los frutos, (*a*) el poseedor de buena fé solo está obligado á la restitucion de, aquellos que percibió antes de incoharse la accion que la cosa y cuya propiedad aun no ha prescripto; pero de los consumidos, solo debe restituir aquella parte en que se ha hecho mas rico. El poseedor de buena fé está igualmente obligado á restituir los frutos percibidos despues de intentada la accion, lo mismo que aquellos que hubiera podido percibir, pero no responde de los que perecieron por caso fortuito (3). (*b*). El poseedor de mala fé debe restituir pura y simplemente todos los frutos, aun aquellos que hubiera podido percibir (4). 4.° El reo ó demandado, por su parte, tambien puede oponer sus demandas á las del adversario; asi es que puede exigir, (*a*) cuanto tiene derecho á reclamar de la herencia como acreedor (5), (*b*) los gastos é impensas que haya hecho por sí. Si estos gastos ó impensas se han hecho para adquirir los frutos, todo demandado poseedor de buena ó mala fé, tiene el derecho de repetirlos si devuelve los frutos mismos (6). Si por el contrario estos gastos se hicieron

(1) Gaj. ibid.-§. 3. J. ibid.-fr. 11, 13; fr. 18. §. 2. fr. 19. D. ibid.
(2) Fr. 10. §. 1. D. ibid.
(3) C. 1. §. 1. C. III, 31.-Cf. fr. 25. §. 11; fr. 40. §. 1. D. V, 3.-§. 2. J. IV, 17.
(4) Fr. 25. §. 4. D. ibid.-fr. 40. §. 1. ibid. §. 2. J. cit.
(5) C. 3. C. III, 31.
(6) Fr. 30. §. 5. D. ibid. fr. 46. D. XXII, 1.

por conservar la misma herencia: el poseedor de buena fé puede demandar se le indemnice de todas las impensas, aun en el caso de que éstas hayan desaparecido despues; el poseedor de mala fé tiene siempre derecho á las impensas necesarias; á las útiles, cuando existe la utilidad que produjeron, y en cuanto á las innecesarias ó de mero lujo, solo tiene derecho á retirarlas, *jus tolendi* (1). 5.° La peticion de la herencia se extingue, segun la regla general de la prescripcion de las acciones, por el lapso de treinta años, y asi es, que no hay razon alguna para prorrogar este término hasta el de noventa años, con relacion á los hijos llamados á la sucesion intestada de su padre, y el de ciento veinte para los mismos, cuando son instituidos en testamento (2).

B. Entre los medios posesorios se cuentan: 1.° el interdicto *quorum bonorum*, que puede invocarlo el que ha obtenido la *bonorum possessio* (§. 912), contra aquel que posee la herencia á título de heredero, ó á título de poseedor, ó que ha dejado de poseerla por dolo, (*dolo malo*), cuyo objeto es poner en posesion al actor de las cosas corporales de la herencia (3): 2.° la toma de posesion de los bienes del difunto (*missio in bona defuncti*) que los modernos llaman *remedium ex lege ult. c. de edicto Divi Hadriani tollendo* (VI. 33), por medio de la cual el instituido heredero en un testamento escrito, que no puede impugnarse respecto de su forma exterior, y que está exento de todo vicio aparente, puede pedir la posesion interina de la herencia: 3.° otros varios medios de adquirir la posesion del

(1) F. 39. D. ibid.
(2) C. 3. C. VII, 39.
(3) Gaj. IV, 144.-§. 3. J. IV, 15. D. XLIII, 2.-C. VIII, 2.

difunto, pero que no son tampoco mas que provisionales, especialmente: (*a*) la toma de posesion *ex edicto carboniano*, cuando se disputa al hijo del testador su derecho de sucesion, porque se le niega la cualidad de hijo, en cuyo caso, puede éste pedir por medio de un curador, se suspenda el proceso hasta que llegue á la pubertad, se le dé posesion de la herencia paterna, y ademas se le designen alimentos (1): (*b*) la toma de posesion *quæ ventri datur*. Cuando una muger queda embarazada á la muerte de su marido, puede pedir tambien por medio de un curador la posesion interina de la herencia, y la designacion de alimentos hasta el momento del parto, ó hasta que se compruebe no existe el embarazo (2). (*c*) Finalmente, la *bonorum possessio quæ furioso datur* (3), de que hemos hablado al fin del §. 984.

§. 994. II. *Del concurso de muchos herederos. A.—De la parte que cada uno de ellos tiene en los créditos y deudas.*

Si una herencia se defiere á varias personas, y se adquiere por todas, cada coheredero obtiene en proporcion á su cuota hereditaria, un derecho sobre todas las cosas de la herencia. Los créditos y las deudas del difunto se dividen proporcionalmente entre los coherederos *(nomina et debita hereditaria ipso jure inter quæ hæredes sunt divissa)*. Aceptando la herencia, cada heredero adquiere su parte, y aun tiene el derecho, antes que se divida, de reclamar de los deudores hereditarios la porcion que á él corresponda,

(1) D. XXVIII, 10.-C. VI, 17.
(2) D. XXV. 5, 6.-XXVII, 9.
(3) D. XXVII, 3.-C. 7. §. 3, 8.-C. V, 70.

(prorrata) asi como está obligado á responder en la misma proporcion de las deudas hereditarias (1). Es cierto que el testador tiene el derecho de dividir de otro modo los créditos activos y pasivos de la herencia, y que los herederos pueden convencionalmente fijar tambien esta division, pero en uno y en otro caso estas modificaciones no son obligatorias mas que para los herederos, y nada influyen sobre los deudores y acreedores de la herencia, los que quedan directamente obligados para con cada uno de los herederos en la parte que le corresponde, y no puede perseguirle, sino es por su porcion hereditaria (2).

§. 995. B. *De la division de la herencia.*

Todos los herederos que tienen la libre disposicion de sus bienes pueden exigir de sus coherederos la division de la herencia, con tal que el testador no haya dispuesto, ó los herederos convenidos, que la herencia quede indivisa por cierto tiempo determinado (3).

1.° La division puede hacerse, ó extrajudicialmente, si asi lo acuerdan los herederos, ó por medio de árbitros, ó judicialmente, despues de una decision del juez, dada sobre las contestaciones promovidas entre los mismos herederos, en cuyo caso cada uno tiene contra su coheredero la

(1) C. 6. C. III, 36. Cf. fr. 25. §. 13. D. X, 2.-C. 1. C. VIII, 36.-C. 1.-C. VI, 32.-C. 26. C. II, 3. Por esta razon los créditos y deudas hereditarias no son nunca objeto de la accion *familiæ erciscundæ* fr. 4. pr. fr. 25. §. 1. D. X, 3.
(2) Fr. 3. pr. D. II, 15.-C. 25, 26. C. II, 3.-fr. 2. §. 5; fr. 3; fr. 20. §. 3; fr. 25. §. 1.-13. D. X, 2. fr. 11, 14. D. XX, 5.-fr. 69. §. 2. D. XXX.
(3) Fr. 14. §. 2. D. X, 3.-C. 5. C. III, 27.

actio familiæ erciscundæ para pedir la division de la herencia (1).

2.° En la division debe generalmente comprenderse todo aquello que realmente pertenece á los bienes del difunto, despues de haber separado lo que pertenece á otras personas, principalmente los bienes particulares de los hijos y la dote de la muger. Hay sin embargo cosas que si bien pertenecen á los bienes del difunto, son no obstante excluidas del todo de la herencia; por ejemplo, aquellas que pueden fácilmente ocasionar un daño ó que ofenden á las costumbres y la providad (2); los documentos ó papeles que se entregan al heredero á quien de derecho le pertenece (3): hay otras cosas que no se someten á la division, porque no pueden fisica ó moralmente dividirse. Si la cosa es fisicamente indivisible, v. g. un cuadro, un caballo, y los herederos quieren dividirlo, se adopta el medio de que, ó la reciba uno y pague á los demas en metálico la parte que les corresponda, ó se enagena y el precio se distribuye entre todos los acreedores (4). Si por el contrario, la cosa es moralmente indivisible, v. g. una servidumbre real, pertenecerá á aquel de los coherederos á quien se adjudique el fundo dominante, pero si éste se divide entre varios ó queda en comun, cada uno de los coherederos puede ejercitar el derecho de servidumbre íntegramente (5).

3.° La division misma puede hacerse de diferentes modos: por la distribucion verdadera de las cosas divisibles entre los coherederos; y entonces debe considerársela como un cambio, ó adjudicando los bienes á uno de los herederos, que pagará á los otros el todo ó parte de las cosas hereditarias, en cuyo caso se considera la division como una venta, y el dinero que uno de los coherederos debe pagar á los otros, se llama *pecunia hereditaria.* Sea cual fuere el modo de proceder á la division de los bienes hereditarios, este modo contiene siempre una enagenacion necesaria, admisible por esta razon en los casos en que está prohibida la enagenacion en general (1); esta enagenacion es tambien onerosa, y á semejanza de la venta y del cambio está sujeta á la obligacion de garantir su resultado (2).

4. Cuando uno de los coherederos no ha tomado la parte que le pertenece en la herencia, tiene el derecho de oponerse á su division, y de exigir su parte de los otros herederos, ó pedir que se haga de nuevo (3). Pero cuando todos los coherederos han tenido parte en la division y solo uno de ellos ha sido perjudicado, debe distinguirse. (a) Si el difunto mismo designó las cosas que cada heredero habia de llevar en su parte, y el valor de ellas no puede pedir mas que el complemento de su legítima (4).

(b) Si el juez hizo la division en juicio contradictorio, *judítio familiæ er circundæ*, y su decision obtuvo fuerza de la cosa juzgada, no podrá reclamarse contra la division, aun cuando uno de los coherederos haya sentido lesion enor-

(1) §. 4. J. IV, 17.-§. 3, 4. J. III, 27. (28). D. X, 2.-C. III 36, 88.
(2) Fr. 4. §. 1. D. X, 2.-fr. 9. D. XLIX, 14.
(3) Fr. 4. §. 3. fr. 5. fr. 8. D. X, 2.-C. 2. C. VIII, 32.
(4) Fr. 22. §. 1. D. ibid.-C. 3. C. III, 37.
(5) F. 23. §. 3. fr. 25. D. VIII, 3.-fr. 4. §. 3. D. VIII, 5.

(1) Fr. 1. §. 2. D. XXVII, 9.-C. 17. C. V, 71.
(2) Fr. 25. §. 1. D. X, 2.-C. 14. C. III, 26.-C. 7. C. III, 38.
(3) Fr. 44. §. 2. D. X. 2.
(4) C. 10. 26. C. III, 36.- Nov. 22. c. 48.

me (1). (c) Si los herederos han hecho la division entre sí, ante un árbitro; en este caso la lesion causada por dolo, produce siempre una accion en reparacion del daño, pero sino ha habido dolo, es necesario que la lesion equivalga á la mitad de la parte que el heredero debia tomar, para que éste tenga derecho á ejercitar la accion. v. g. Cuando habiendo sido pagado en efectivo, no recibiera la mitad del verdadero valor de su parte (2).

§. 996. C. *De la colacion.*

Cuando los descendientes concurren á la sucesion de sus ascendientes, éstan los unos con respecto á los otros sujetos á la *colacion* (3), es decir deben traer á la sucesion comun, ó deducir de su parte, cuanto recibieron del difunto durante su vida, en tanto en cuanto se han hecho mas ricos (4): la colacion, pues, se hace ó en especie ó recibiendo menos. Entre las cosas que están sometidas á la colacion, lo son la dote y la donacion por causa de matrimonio (5). La ley dispensa de traher á colacion, 1. los alimentos y gastos de educacion, el peculio castrense y cuasi castrense, que el hijo haya recibido de sus padres (6),

(1) Arg. fr. 56. D. XLII, 2.-fr. 25. D. I. 5,-fr 207. D. L. 17.
(2) C. 1. 3. C. III, 38.-C, 2. C. IV. 44.
(3) Ulp. XXVIII, 4,-D. XXXVII, 6.-8.-C. VI, 20 Nov. 18. c. 6, Nov. 97. C. 6.
(4) El que no es heredero, no está obligado á ésta colacion. fr. 9. D. XXXVII, 7,
(5) C. 12. 16. 17. 19. 20. pr. C. VI, 20. Si la cosa sujeta á colacion se ha destruido sin culpa del heredero, no está éste obligado á traherla á colacion fr. 2. §. D. XXXVII, 6.-Nov. 47. c. 6.
(6) Fr. §. 15. D. XXXVII, 6 C. 12. 20. pr. C. VI, 20. El peculio adventicio no debe tampoco traherse á colacion. C. 21. C. ibid.

ademas cuanto el descendiente adquiere á la muerte del ascendiente por legado, fideicomiso, ó donacion por causa de muerte (1); los frutos y los intereses de las cosas sujetas á colacion, y generalmente las meras donaciones entre vivos *(donationes inter vivos simplices)* que un hijo ha recibido de sus padres, á noser que otro hijo haya recibido una donacion *(sub causa v. g. dos, donatio propter nuptias)* sugeta á colacion, en cuyo caso tambien la simple debe colacionarse (2). 2. El testador ademas tiene el derecho de dispensar de la colacion á uno ó á todos sus descendientes, con tal que no disminuyá ni perjudique la legítima de los demas (3); y recíprocamente puede ordenar la colacion de las cosas que no están sujetas á ella, con tal que las haya dado sin estar obligado por la ley; v. g. los alimentos ordinarios; y que la obligacion de colacionar la haya impuesto al tiempo de la donacion (4).

§. 997.-999. D. *Del derecho de acrecer.*

Cuando muchos herederos concurren juntos á una herencia; y falta despues alguno de ellos, los demas se someten, ya sea en su utilidad, ya sea en su daño *al derecho de acrecer (jus acrescendi)*, es decir, que la porcion vacante por falta de uno de los herederos, acrece á los demas en proporcion á su parte hereditaria (5). Al derecho de acre-

(1) Fr. 1. §. 9, D. ibid.-C. 10. 13. 15, C. ibid.
(2) C. 20. §. 1. C. VI. 26.
(3) Nov. 18. C. 6,
(4) C. 20. §. 1. in fine C. VI, 20.-Cf. fr. 25. pr. D. V. 2.-C. 35. §, 2, C. III, 28.
(5) Sobre el derecho antiguo véase Ulp. XVIII.-sobre el nuevo D. XXXVIII, 5. XXXIX, 2. C. V. 10. 51.

cer se aplican los principios siguientes: 1. Tiene lugar no solo entre los herederos testamentarios, sino entre los abintestato, y sin distinguir si se les ha deferido la sucesion por el derecho civil ó por derecho pretorio (1). 2. El derecho de acrecer, no tiene lugar, sino cuando el que falta no goza de derecho alguno de transmision, y los herederos testamentarios no se aprovechan del derecho de acrecer, sino cuando el que falta no está sustituido, ó caso de estarlo, falta tambien el subtituto (2). 3. El testador no puede prohibir directamente el derecho de acrecer, pero si indirectamente por medio de la subtitucion (3). 4. El derecho de acrecer se adquiere *ipso jure*, aun ignorándolo, y aun contra la voluntad de los otros herederos (4); de manera, que respecto de la porcion vacante, no es necesaria la aceptacion, porque ella acrece *cum omni onere*, y el heredero á quien toca, responde de todas las cargas que sobre la misma gravitan (5). 5. El derecho de acrecer no aprovecha á aquellos, cuya porcion hereditaria, ora sea abintestato, ora testamentaria, está determinada por las leyes en un *maximun* absoluto ó relativo qué ya han ricibido, pero concurren para completar la cuota de este *maximum* (6).

En materia de sucesiones intentadas, el derecho de acrecer tiene lugar segun los principios siguientes: cuando falta

---

(1) §. 5. J. III, 9. (10).
(2) C. un §. 13. 14. C. VI, 51.
(3) Fr. 35. D. XXX.
(4) Fr. 31, fr. 35. pr.; fr. 53. §. 1; fr. 76. pr. D. XXIX, 2.- Esta regla admite algunas excepciones. fr. 55. 61. D. ibid.
(5) Fr. 61. §. 1. D. XXXI, -C. 4. C. IV, 49.-C. un. §. 4. 10. C. VI. 51.
(6) Los casos en que se aplica este principio pueden verse en el §. 927, 2; §. 951, 2, 3, 5.

uno de los herederos á quienes se ha deferido la herencia. 1.° La porcion vacante acrece en proporcion de la parte hereditaria de cada uno á aquellos que la hubieran adquirido, si el que faltó no hubiese concurrido con ellos desde un principio (1). 2.° El derecho de acrecer, no cambia en nada el órden de sucesion establecida á la muerte del difunto.

En materia de sucesiones testamentarias, el derecho de acrecer entre coherederos descansa sobre la regla, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*; es necesario considerar aqui, 1. la manera como los herederos han sido instituidos: (a) lo son *re et verbis conjuncti*, que el derecho romano califica de *conjuncti*, y que hoy se llaman tambien *mixtim conjuncti*, cuando son instituidos pura y simplemente; es decir, sin designacion de parte, y en la misma frase, por ejemplo, *Titius et Sejus heres esto*; (b) lo son *disjuncti sive re tantum conjuncti*, cuando cada uno de ellos es en efecto instituido pura y simplemente para toda la sucesion, pero nombrado en una frase separada; por ejemplo, *Titius hœres esto*, *Sejus hœres esto*; (c) lo son *verbis tantum conjuncti*, cuando se les nombra en una misma frase, pero cada uno de ellos instituido en una parte alicuota determinada de la herencia, por ejemplo, *Titius et Sejus hœredes sunto, equis partibus* (2). 2. Despues ha de examinarse quien es el que falta. Asi, (a) cuando todos los herederos son instituidos del mismo modo, la parte del que falta acrece á los demas en porciones iguales; pero cuando son *verbis conjuncti*, acrece solo en proporcion á la parte de cada uno. (b) Sino son instituidos del mismo modo, la parte del *mix-*

---

(1) Fr. 12. pr. D. XXXVII, 4.
(2) §. 8. J. II, 20.-fr. 89. D. XXXII.-fr. 142. D. L, 16.

tim conjunctus que falta, solo acrece á aquellos que son *conjuncti* con él: si por el contrario el que falta es un *disjunctus ó un verbis conjunctus*, su parte acrece á todos los demas, y por consecuencia tambien á los *mixtim conjuncti*, los cuales hallándose considerados como una sola persona solo reciben una parte (1).

SECCION IV.

DE LOS LEGADOS Y FIDEICOMISOS (2).

CAPITULO PRIMERO.

DE LOS CODICILOS.

§. 1000. I. *Nocion y contenido de los codicilos.*

Todo acto de última voluntad que no es un testamento es un codicilo (3); de aqui es que solo el que tiene la facultad de testar, puede hacer codicilo (4). En los codicilos no se puede ni instituir, ni desheredar, ni excluir, ni substituir á un heredero directo (5). Sin embargo, es permitido

(1) C. ún. §. 10. C. VI, 51.-cf. §. 8. J. II, 20.-fr. 20. §. 2; fr. 59. §. 3; fr. 63; fr. 66. D. XXVIII, 5. fr. 1, 11. D. VII. 2.
(2) Fuentes. Gaj. II, 101-289.-Ulp, XXIV, XXV. Paul. III, 6. IV, 1.-J. II, 20-24. D. XXX. XXXVI. 1-4.-C. VI, 37, 42-54.
(3) J. II, 25.-D. XXIX, 7. C. VI, 36.
(4) Fr. 6. §. 3. D. ibid.-fr. 8. §. 2. D. ibid.-fr. 2. D. XXX, C. 5. C. ibid.
(5) §. 2. J. II, 25.-fr. 2. §. 4; fr. 10. D. XXIX, 7,-C. 27 C. VI, 36. El soldado no está sujeto á esta regla, fr. 36. pr. D. XXIX. 1.

al testador nombrar en codicilo al heredero instituido, y asignarle en él la parte que deba percibir de la herencia. Todas las demas disposiciones por causa de muerte, especialmente los legados y los fideicomisos, pueden hacerse, asi en codicilo como en testamento: el testador puede hacer varios codicilos y todos á la vez pueden tambien ser válidos (1); sin embargo, la disposicion que contiene un primer codicilo, en oposicion con la que contiene otro segundo posterior, queda derogada por esta última (2).

§. 1001. II. *Especies de codicilos.*

Hay una diferencia entre los codicilos, segun que el heredero sucede *abintestato ó ex testamento*; en el primer caso, es decir, cuando no hay testamento, los codicilos son *codicilli abintestato facti*, los cuales se dirigen al heredero abintestato y subsisten ó caen por sí mismos (3). En el segundo caso se llaman *codicilli ad testamentum facti*, y existen simultáneamente con el testamento. Si los codicilos son expresamente confirmados por el testamento, lo que el testador puede hacer *in preteritum* como tambien *in futurum*, se llaman *codicili testamento confirmati.* Todos los codicilos que acompañan á un testamento, se dirigen al heredero testamentario, y deben ser considerados como parte del mismo testamento; asi es que subsisten y caen, y vuelven á subsistir con él (4).

(1) §. 3. J. II, 25. fr. 6. §. 1. D. XXIX, 7.
(2) C. 3. C. VI, 36.
(3) Fr. 8. §. 1. fr. 16. D. ibid.
(4) Fr. 2. §. 2; fr. 3. §. 2; fr. 8. pr. fr. 14. pr. fr. 16 in fine D. ibid.

§. 1002. III. *De la forma de los codicilos.*

El codicilo puede hacerse por escrito, y verbalmente (1): por derecho antiguo no se exigian solemnidades algunas para la formacion de un codicilo (2); pero el derecho nuevo exige una forma exterior bajo la distincion siguiente: 1. El codicilo hecho ante una autoridad pública no necesita otra solemnidad: 2. El que puede hacer un testamento privilegiado, puede hacer tambien un codicilo, y para este acto goza de los mismos privilegios, que para los testamentos; 3. Ademas es necesario generalmente que al acto de hacer un codicilo privado asistan cinco testigos hábiles y rogados, los cuales deben firmar, si el codicilo es escrito; pero no es necesario que pongan en él su sello (3). Respecto á la firma del que hace el codicilo, debe aplicarse lo que se ha dicho al hablar de los testamentos escritos (4): 4. Segun la última disposicion de Justiniano, pueden dejarse los legados y fideicomisos sin otras formalidades que mandar al heredero los cumplan, y si éste los negára, puede exigirle el fideicomisario preste juramento, para probar la existencia del fideicomiso (5).

---

(1) Fr. 5. §. 1. D. XLII, 1.-C. 13. C. I, 2.
(2) §. 3. J. II, 25.
(3) C. 8. §. 3-C. VI, 36. En el codicilo del ciego debia observarse las mismas formalidades que en su testamento. C. 8. C. VI, 22.
(4) C. 28. §. L. C. VI, 23.
(5) C. 32. C. VI, 42.-fr. 12. J. II, 23.

§. 1003 y 1004. IV. *De la cláusula codicilar.*

Como que la formacion de un codicilo no requiere tantas solemnidades como la de un testamento, puesto que en este acto nada es mas importante que el nombramiento de un heredero directo, y la reserva que se debe á los legítimos, es, pues, posible que una disposicion de última voluntad, que segun la intencion del difunto debia servir como testamento, y á la que faltan las solemnidades de tal, conserve, sin embargo, las necesarias á un codicilo. En este caso, la última disposicion subsiste, si el testador declaró expresamente, que si su testamento no puede producir los efectos *como tal testamento*, valga al menos *como codicilo*. Esta declaracion del testador se llama hoy cláusula codicilar (*clausula codicillaris* (1), y debe ser expresa, pues en ningun caso puede sobreentenderse (2), como no sea en el testamento del soldado (3). Cuando todas las condiciones y solemnidades del testamento se han observado, no es necesario añadir esta cláusula; pero en el caso contrario, ó bien se han observado las condiciones necesarias para un codicilo, ó no; si no se han observado, la cláusula no tiene ningun efecto; pero si se observaron, produce el de que el testamento se considere como codicilo, y que subsistan como fideicomisos las disposiciones en el mismo contenidos (4). Cuando en estas circunstancias hay un testamento anterior

---

(1) Fr. 29. §. 1. D. XXVIII, 1.-Cf. fr. 88. §. 1. D. XXXI.-C. 8. §. 1. C. VI, 36.
(2) Fr. 1. D. XXIX, 7. fr. 41. §. 3. D. XXVIII, 6. Cf. fr. 29. pr. D. XXVIII, 1.
(3) Fr. 3. D. XXIX, 1.
(4) Fr. 2. §. 4. D. XXIX, 7.-fr, §. 17. D. XXXI.

válido, la herencia se defiere al heredero instituido en este testamento, como heredero directo (1), pero quedando obligado á restituir la sucesion, como por via de fideicomiso al instituido en el segundo testamento que contenia la cláusula codicilar. Mas cuando no existe testamento anterior válido, la herencia se transmite directamente á los herederos abintestato, quienes quedan obligados á restituirla por via de fideicomiso (2). En uno y en otro caso, el heredero directo tiene derecho á la cuarta *falcidia y trebeliánica* (3). Ademas, cuando un testamento contiene la cláusula codicilar, el heredero instituido puede optar entre reconocerle como testamento ó como codicilo; pero una vez hecha la eleccion, no puede volver á separarse de ella: sin embargo, los parientes instituidos en testamento, lo mismo que los descendientes agnados del difunto hasta el cuarto grado, y los descendientes cognados hasta el tercero, que optaron porque la última voluntad valiese como testamento, pueden separarse de esta eleccion, y hacer que valga la disposicion testamentaria como codicilo. Pero si en el principio la aceptaron como codicilo, no pueden despues solicitar que produzca los efectos de un testamento (4).

(1) A causa del §. 7. J, II, 17.-fr. 2. D. D. XXXVIII, 3.-C. 27. C. VI, 23.
(2) C. 29. C. VI, 42.-Cf. C. 9. 10. C. VI, 21. C. 1. C. VI, 36.
(3) Fr. 2. §. 4. D. XXIX, 7.
(4) C. 8. pr. §. 1, 2. C. VI, 36.

CAPITULO II.

DE LOS LEGADOS Y FIDEICOMISOS PARTICULARES.

§. 1005. I. *Nocion de los legados y fideicomisos particulares.*

El testador que queria dejar una cosa á cualquiera, podia hacerlo de dos modos diferentes; por *legado*, y por *fideicomiso particular* (*legatum*, *fideicomisum singulæ rei*). El legado era en el derecho antiguo de Roma, una disposicion hecha por el testador con palabras imperativas, y que debia cumplir el heredero (*verbis directis et imperativis*) (1). En esto y en otros puntos se distingue el legado del fideicomiso particular, que el difunto dejaba, suplicando al heredero ó legatario que le cumpliera; pero Justiniano asimiló los legados á los fideicomisos, é hizo desaparecer las diferencias que entre ellos habia: asi es, que cuanto se diga de los legados, se aplica tambien á los fideicomisos (2).

§. 1006. II. *De la institucion del legado.*

Un legado ó un fideicomiso pueden dejarse por cual-

(1) §. 1. J. II. 20. Legatum est donatio quænam ab defuncto relicia ab herede prestanda.-fr. 116. pr. D. XXX.-fr. 36. D. XXXI.
(2) Sobre la distincion tan importante que habia por el derecho antiguo entre los legados y los fideicomisos: véase la Historia interna. Gaj. II, 19o.-286.-Ulp. XXIV, XXV.-Paul. III, 6. C. II. C. VI, 43.-§. 3. J. II, 20.

quier acto de última voluntad, es decir, asi en testamento, como en codicilo. Existe sobre esto ademas una disposicion de Justiniano (1), digna de notarse, segun la cual todo legado ó fideicomiso, aunque sea hecho sin ninguna formalidad, oralmente ó por escrito, produce todos sus efectos, si aquel á cuyo favor se dejó el legado, puede probarlo, defiriendo al juramento de aquel que debe cumplirlo, á lo que se llama hoy *legatum sive fideicomisum heredi presenti injunctum.* Si aquel á quien se legase una cosa, quiere probar este hecho de otra manera, no puede demandar el cumplimiento del legado, sino cuando éste se hizo en un testamento ó en un codicilo hecho con todas las solemnidades; pero es indudable que tambien en este caso la prueba puede suministrarse por medio del juramento deferido.

§. 1007. III. *De las personas que intervienen en los legados.*

Con respecto á las personas que intervienen en un legado debe observarse: 1.°: que solo puede legar el que tiene la testamentifaccion activa (2): 2.°; que no puede legarse si no es al que tiene la testamentifaccion pasiva (3): 3.°; que todos los que reciben alguna cosa de la herencia, pueden ser gravados por el testador con el pago de un legado. Sin embargo, el legatario no puede ser gravado en mas parte que aquella que ha recibido en virtud del testamento (4). Si el testador no designaba persona encargada del pago del

(1) C. 32. C. VI, 42.-§. 12. J. II. 23.-C. 13. C. VI, 1.
(2) Fr. 2. D. XXX.-fr. 114 pr. §. 1. D. ibid.
(3) §. 4. J. II. 20. Pueden sin embargo legarse los alimentos á un incapaz. fr. 11. D. XXXIV. 1.
(4) §. 1. J. 11. 24.-fr, 15, D. XXIX. 7.-fr. 114. §. 3. D. XXX.-fr. 1. §. 6. D. XXXII.-fr. 1. §. 17. fr. 17. §. 2. D. XXXVI 1.

legado, corresponde esta obligacion al heredero; si son muchos los herederos, y el testador no designó especialmente cual de ellos debia pagar el legado, cada uno de los mismos está obligado en proporcion de su parte hereditaria á su pago (1): 4.°; que el testador no puede gravar al heredero con el pago de un legado que deja *al mismo* heredero (2), asi, si existen muchos herederos, y el testador lega á uno de ellos cualquier cosa de toda su herencia por via de mejora (*prelegatum*), el legado no consiste verdaderamente mas, que en esta parte que los coherederos estan obligados á darle en proporcion de la que ellos reciben de la herencia; pues que la otra parte que el heredero debia pagarse asi mismo, proporcionalmente á la porcion hereditaria que recibe, la toma como heredero (3).

§. 1008. IV. *Del objeto de los legados.—A. en general.*

Todas las cosas que el legatario puede adquirir, pueden tambien ser objeto de un legado (4), siempre que no le pertenezcan en la época en que se legan (5), y le sean útiles (6). Reuniéndose estas condiciones pueden legarse: 1.° las co-

(1) Fr. 33. pr. D. XXXI.-C. 2. C. IV. 16.
(2) Fr. 116 §. 1 D. XXX.
(3) Gaj. II. 117. Acerca de las consecuencias de este principio véanse fr. 76. §. 1.. fr. 86., fr. 91. D. XXXV. 2.-fr. 18 §. 3. D. XXXVI. 1.-fr. 34. §. 12. D. XXX.-fr. 75. §. 1. D. XXXI.
(4) Fr. 4. J. II. 20.-fr. 49. §. 2. XXX D. I.-fr. 41. §. 1. D. XXX.
(5) §. 10. J. II. 20. A menos que el testador le haya legado expresamente la cosa para el caso en que la enagenase. fr. 41. §. 2. D. XXX.-fr. 1. §. 2. D. XXXIV. 7.
(6) Arg. §. 14. J. II. 20.-fr. 114, §. 14. D. XXX.

sas, asi como los actos que deben prestarse en favor del legatario si son lícitos (1): 2.° las cosas existentes y las futuras con tal que haya esperanza de que existirán algun dia (2): 3.° las cosas individuales y las sumas determinadas de metálico (*pars quanta*); asi como una universalidad de cosas y una parte alicuota de toda una herencia. El legado de una suma determinada ó de una cantidad de cosas fungibles, se llaman, *legatum quantitatis* (3), pero la parte alicuota de una sucesion se llama, *legatum partitionis*, y el *legatario, partiarius* (4), quien sin ser por esto heredero, tiene sin embargo mucha analogía con él, razon porque ni los créditos ni las deudas del difunto pasan á él, ni tampoco goza del derecho de acrecer, y cuando el testamento queda *destitutum*, porque falta el heredero instituido, el legado parcial se invalida tambien. El heredero por su parte tiene el derecho de pagar al legatario parciario solo la parte correspondiente á la herencia que le queda (5); pero si no lo hace, el heredero y el legatario parciario estan obligados á prestarse mútuamente fianza por medio de la estipulacion *partis et pro parte*, por la cual se obligan á dividir los beneficios, (*lucra hereditaria*), y las cargas de la herencia (*damna hereditaria*) en proporcion á la parte respectiva de cada uno (6): 4.° se pueden legar, no solo las cosas propias del

(1) Fr. 12. D. XXXII, fr. 112. §. 3. D. XXX.
(2) §. 7. J. II, 20.-fr. 24. pr. D. ibid,-fr. 17. D. XXXII.
(3) Fr. 34. §. 3, 4. D. XXX.-D. XXXIII, 6.
(4) Ulp. XXIV, 25.
(5) Fr. 26. §. 2. fr, 27. D. XXX,-fr. 32. §. 8. D. XXXIII, 2.
(6) Ulp. XXV, 14, 15. §. 5. J. II, 23. No sucede lo mismo por derecho nuevo, despues que Justiniano ha asimilado los legados á los fideicomisos; por él se considera al legatario parciario como sucesor universal, no siendo por lo tanto necesarias las estipulaciones *partis et pro parte*; véase §. 1030-1032.

testador, sino las agenas, ya sean del heredero (1) ya de un tercero, en cuyo caso deben comprarse por aquel que está gravado con el legado y entregarse al legatario; no pudiendo comprarse, recibirá su valor, pero siempre en el supuesto de que el testador supiera que la cosa legada pertenecia á otro, porque si lo ignoraba, el legado generalmente es nulo (2): 5.° finalmente pueden ser objeto del legado las cosas corporales y las incorporales.

§. 1009. B. *Del legado de cosas incorporales.*

En el legado de cosas incorporales es necesario colocar 1.° el legado de un crédito, *legatum nominis*, cuando el testador lega un crédito que él ó su heredero tienen á cargo de un tercero (3): 2.° el legado de liberacion, *legatum liberationis*, cuando el testador lega á alguno lo que éste le era en deber á él mismo ó á un tercero (4): 3.° el legado de una deuda, *legatum debiti*, cuando se lega á su acreedor lo que se le debe, cuyo legado no es válido, sino en tanto que es útil al legatario (5): 4.° el legado de una servidumbre real ó personal (6): 5.° el legado de un derecho de pren-

(1) Debe entregarlas, y no puede eximirse de ello ofreciendo su estimacion, fr. 71. §. 4. D. XXX; C. 25. C. VI, 42.
(2) §. 4. J. II 20.-§. 1. J. II, 24.-C. 10. C. VI, 37.-fr. 57. D. XXX.
(3) §. 21. J. II, 20.-fr, 44. §. 6. D. XXX. Cuando no existe el crédito ó cuando han dejado de existir en vida del testador el legado es nulo, á menos que se haya designado el crédito *demostrationis causa*. §. 21. J. II, 2.-fr. 75. §. 1. 2. D. XX.
(4) §. 13. J. ibid.
(5) §. 14, 15. J. ibid.-fr. 4. D. XXXVII, 7.-fr. 84. §. 6. D. XXX.-fr. 82. pr.; fr. 85. D. XXXI. C. 1. §. 3. C. V, 13.
(6) §. 1. J. II, 4. §. 4. J. II, 3. D. XXXIII, 2, 3.

da ó de hipoteca (1) y 6.° el legado de una renta anual á pagar en épocas fijas, *legatum anuum* (2), el que tiene de particular, que cada plazo debe considerarse como un legado distinto (3).

§. 1010. C. *Legatum speciei et generis.*

Si la cosa que es objeto de un legado se determina individualmente, el legado se llama *legatum speciei*; cuando por el contrario solo se determina su género, se llama el legado, *legatum generis*. El legado de una cosa genérica es nulo, si el género es tan general que comprende cosas del todo inútiles y si el difunto no deja cosa alguna del género legado (4). Mas si la herencia comprende objetos del género legado, el derecho de eleccion pertenece á aquel á quien el testador se lo ha conferido; si el mismo legatario tiene este derecho, se llama, *legatum optionis sive electionis*, y el legatario puede elegir la mejor cosa: si la eleccion, por el contrario, corresponde al heredero, éste no puede dar la peor (5): si el testador no dió ni á uno ni á otro el derecho de elegir, la eleccion corresponde al legatario, si el legado es de tal naturaleza que produce una accion real, y al heredero, si el legado no produce mas que una accion personal. Pero en el primero de estos dos casos, el legatario no puede elegir la mejor cosa, y en el segundo el heredero no puede obligarle á que reciba la peor (6).

(1) Fr. 26. pr. D. XIII, 7.
(2) D. XXXIII, 1.-Sobre los legados de alimentos, D, XXXIV, 1.
(3) Fr. 10. D. XXXIV, 2. fr. 4. D. XXXIII, 1.
(4) Fr. 71. pr. D. XXX.-fr. 69. §. 4. D. XXIII, 3.
(5) §. 23. J. II. 20.-fr. 2. D. XXXIII, 5. fr. 110. D. XXX.
(6) §. 22. J. ibid. Cf. fr. 20; fr. 37. pr. fr. 108. §. 2. D. XXX, fr. 2. §. 1. D. XXXIII, 5.

§. 1011. V. *Modo de dejarse los legados.*

Un legado puede dejarse de diferentes modos; puede serlo pura y simplemente, tambien bajo de condicion; pueden imponerse todas las condiciones, aun aquellas que son resolutivas, no las captatorias prohibidas en los legados como lo estan en la institucion de heredero (1). Por otra parte el testador puede gravar al heredero ó á cualquier otra persona agraciada en el testamento con el pago de un legado por título de pena para en el caso que no haga tal accion buena, ó deje de hacer tal accion mala *(legatum pœnœ nomine ad coercendum heredem relictum)* (2). Tambien puede legarse á dia (*sub die*) sin distinguir si el dia ó término es incierto, y si se fija para servir de principio ó de fin al derecho del legatario (3). Finalmente es permitido legar indicando una causa, un modo ó una demostracion *(sub causa, sub modo, sub demostratione)* (4). Se cuestiona en derecho romano si un legado puede hacerse depender de la voluntad de un tercero: pero lo que hay de cierto en este punto, es que no puede pender tan solo de la voluntad del heredero el cumplir ó no un legado (5).

(1) Fr. 64. D. XXX.
(2) §. 36. J. ibid. D. XXXIV, 6.-C. ún. C. VI, 41.-Ulp. XXIV, 17.-Gaj. II, 235.
(3) Puede pues legarse *ex die certo et ad diem* lo cual no puede hacerse en la institucion de heredero (§. 953). El *dies incertus á quo* se tiene como condicion, fr. 75. D. XXXV, 1.-fr. 4. pr. fr. 21. pr.; fr. 22. pr. D. XXXVII, 2.
(4) XXXV, 1. Sobre la causa §. 31. J. II, 20. fr. 17. §. 2, 3.-fr. 72, §. 6. D. ibid. Sobre el modo fr. 17. §. 1. ibid.
(5) Fr. 43. §. 2. D. XXX.-fr. 46. §. 4. D. XL. 5. La razon de esto es porque jamas pende de la voluntad de un deudor, fr. 8. D. XLIV, 7, fr. 17. fr. 46. §. 3; fr. 105. §. 1. D. XLV.

§. 1012. VI. *De la adquisicion de los legados. A. ¿Quando dies legati cedit et venit?*

Las dos expresiones *dies legatii cedit*, *et dies legati venit* deben explicarse al examinar la adquisicion y la demanda de un legado, *dies legati cedit* equivale á decir el legatario ha adquirido el derecho al legado, de manera que le puede transmitir desde este momento á sus herederos; *dies legati venit* significa; el legatario tiene derecho á exigir el pago del legado (1). Para resolver la cuestion. *¿Cuándo dies legati cedit aut venit?* es necesario distinguir: 1.° el derecho al legado dejado pura y simplemente, al cual se asemeja bajo este aspecto, el legado *sub modo*, *sub conditione resolutiva in diem*, *et ex certo die*, se adquiere por el legatario desde la muerte del testador (2), á menos que no sean de los que no pueden transmitirse á los herederos del legatario, v. gr., el legado de un usufructo porque el derecho sobre semejantes legados no se adquiere hasta que el heredero ade la herencia (3). Mas no se puede intentar accion alguna para pedir la entrega del legado hasta que el heredero ha adido la herencia, y si el legado se hizo *ex die certo*, hasta que ha llegado el dia (4), 2.° si el legado se dejó bajo

(1) D. XXXVI, 2.-C. VI, 53.-fr. 213. pr. D. L, 16. *cedere diem* significa empezar á deber: *venire diem* significa haber llegado el dia desde el que puede pedirse alguna cosa. fr. 5. pr. D. XXXVI, 2. *Si post diem legati cedentem legatarius decesserit ad heredem suum transfert legatum.*

(2) Fr. 5. §. 1. fr. 21. pr. D. ibid.-C. ún. §. 1, 5. C. VI, 51.

(3) Fr. 2, 3, 8, D. XXXVI, 2.-fr. ún. §. 2. D. VII, 3, Se exceptúa el legado del trabajo de un esclavo ó de un animal, fr. 2. D. XXXIII, 2.

(4) Fr. 32. pr. D. XXXI.-fr. 21. pr. D. XXXVI, 2.

de condicion suspensiva ó á contar desde un término incierto, la adquisicion del derecho del legatario depende del cumplimiento de la condicion ó del término (1), excepto cuando se hace depender del término, no ya el derecho sobre el mismo legado sino le entrega (2); pero en todo caso el legatario, no puede exigir el legado hasta que el heredero ha adido la herencia (3); 3.° en el legado *anuo (legatum annuum)* hecho pura y simplemente el primer término se adquiere desde la muerte del testador y cada uno de los términos siguientes: si el legatario sobrevive en el momento en que llegan: en este caso el término se adquiere íntegramente y se transmite á los herederos del legatario (4).

§. 1013. B. *De la adquisicion de los derechos que son objeto del legado.*

No debe confundirse la adquisicion de los derechos que son objeto del legado, con la adquisicion del derecho sobre el legado, de que depende su transmision. El legatario adquiere el derecho sobre el legado desde que el *dies legati cedit* y lo adquiere *ipso jure*, aun ignorándolo y sin necesidad de la aceptacion (5); tambien puede renunciar al legado y

(1) Fr. 5. §. 2. D. ibid.-C. ún. §. 7. C. VI, 51.-fr. 1. §. 14. D. XXXVI, 3. fr. 4. pr. fr. 21. pr. fr. 22. pr. D. XXXVI, 2.-fr. 49. §. 1.-3. D. XXX.

(2) C. 3, 5. C. VI, 53.

(3) Fr. 32. pr. D. XXXI.

(4) Fr. 4. fr. 8. D. XXXIII, 1.-fr. 12. pr. §. 1. fr. 23. D. XXXVI, 2.

(5) Fr. 81. §. 6. D. XXX.-fr. 75. pr. §. 1. fr. 80. D. XXXI,-C. 6. C. VI 53 á no ser que se le haya dejado expresamente bajo la condicion *si volet*, pues entonces no le adquiere hasta haber declarado su voluntad, fr. 65. §, 1. D. XXX.-fr. 69. D. XXXV, 1.

entonces se le considera como si jamás hubiera tenido derecho á él (1). En cuanto á los derechos que el legatario adquiere respecto del legado, es necesario distinguir los casos siguientes: 1. El legatario generalmente no adquiere la propiedad de la cosa legada mas que por la tradicion hecha por el heredero y solo se hace propietario *ipso jure* desde la adicion de la herencia, cuando el legado es de una especie que pertenecia ó de que era dueño el difunto (2): 2. Tambien adquiere *ipso jure* desde la aceptacion de la herencia el *jus in re* que le habia sido legado sobre una cosa perteneciente al testador: 3. Mas no adquiere el crédito legado si no es por la cesion hecha por el heredero; sin embargo, aun sin esta cesion tiene una accion útil (3): 4. Si el legado comprende en fin una parte alicuota de la herencia solo tiene el legatario una accion contra el heredero para demandar el pago (4).

§. 1014. C. *De las acciones que competen al legatario.*

Cuando el legatario ha adquirido el derecho al legado y ha llegado el dia en que puede pedirle, le concede la ley las acciones siguientes, para obtener su pago: 1. Una accion personal contra el heredero, que nace como de un contrato, por la aceptacion de la herencia de parte de este último; el objeto de esta accion es el pago del legado y se llama *actio legati*, ó cuando el heredero es testamentario,

(1) Fr. 44. §. 1. fr. 38. §. 1. fr. 86. §. 3. D. XXX.
(2) Fr. 80. D. XXXI, fr. 64. D. XLVII, 2.-fr. 69. pr. fr. 6 8 §. 2. D. XXX, fr. 26. pr. DXXX. III, 2.
(3) §. 21. J. II, 20.-fr. 44. §. 6. fr. 75. §. 2. D. XXX.
(4) Fr. 26. §. 2. fr. 27. D. ibid. fr. 32. §. 2. D. XXXIII, 2,

actio personalis ex testamento (1): 2. La accion hipotecaria fundada en la hipoteca legal que el legatario tiene sobre la parte de herencia de aquel que está gravado con el pago del legado: esta accion tiene por objeto garantir el derecho del legatario y puede dirigirla contra cualquier poseedor de la porcion hereditaria (2): 3. La accion reivindicatoria y confesoria, *(rei vindicatio et actio confesoria)* cuando el legado tiene por objeto una cosa que pertenece en propiedad al testador, ó una servidumbre sobre esta cosa. Esta accion se da contra cualquier poseedor (3): 4. Cuando se ha legado *sub condicione ó sub die*, ó cuando el legatario no puede pedir el legado por un motivo cualquiera, v. gr., porque hay litigio sobre él, puede exigir que aquel que está obligado al pago del legado preste por medio de fiadores la *cautio legatorum servandorum*, y si esta caucion no se presta, puede pedir la posesion de la cosa legada (4).

Por otra parte el heredero tiene contra el legatario que ha tomado posesion del legado, antes que él la tuviese, el *interdictum quod legatorum*, para que le restituya dicho legado (5).

§. 1015. D. *Del derecho de acrecer entre los legatarios* (6).

Cuando una misma cosa debe prestarse por el mismo

(1) §. 5. J. III, 27, 28.-§. 2. J. II, 20.-fr. 69. §. 5. fr. 82. pr. D. XXX.-fr. 20. §. 3. D. XXXIII, fr. 75. D. XXXV, 2.
(2) C. 1. C. VI, 43.
(3) C. 3. §. 2. C. ibid.
(4) D. XXXVI, 3, 4. C. VI, 54.
(5) D. XLIII, 3. C. VIII, 3.
(6) Sobre el derecho antiguo: Gaj II, 199, 205, 208, 215, 223, 286. Ulp. XXIV, 12 y 13. Sobre el derecho nuevo §. 8, J. II C. VI, 51.

heredero á muchas personas, éstas se dicen con respecto á la cosa legada colegatarios (*collegatarii*) y tiene lugar entre ellos el derecho de acrecer (á no ser que el testador lo prohibiera expresamente), cuando uno de los colegatarios falta antes de haber adquirido el derecho al legado, porque de otro modo trasmitiria su parte á sus herederos (1). Es necesario que examinemos tambien el modo con que estan instituidos los legatarios: si un *mixtim conjunctus* falta, su parte no acrece mas que á aquellos que son, *conjuncti* con él; si por el contrario un *disjunctus* falta, acrece á todos los demas *disjunctis et mixtim conjunctis* en proporcion á la parte que á cada uno se designó primeramente (2). Los *verbis conjuncti* no gozan del derecho de acrecer (3). El *disjunctus* acrece necesariamente *sine onere*: *et mixtim conjunctus* voluntariamente, pero *cum suo onere* (4). Finalmente cuando aquel que no tiene colegatario reusa el legado que se le dejó le conserva el heredero que habia de pagarle (5).

§. 1016-1021. VII. *De la ley falcidia.*

La ley falcidia impuso restricciones importantes á la libertad que tenia el testador para gravar su herencia con legados. Esta ley ordenó que nadie pudiera legar mas de

(1) Se exceptúa el usufructo legado respecto del cual la parte del que falta acrece á su colegatario aun cuando la hubiese ya adquirido. D. VII, 2.

(2) §. 8. J. II, 20. C. ún. §. 11. C. VI, 51.-fr. 88. D. XXXII, fr. 41. pr. D. XXXI,

(3) Fr. 11, D. VII, 2.

(4) C. ún. §. 11, C. VI, 51.

(5) Fr. 44. §. 1. D. XXX.-fr. 15. D. XXXIV, 5.-C. ún. §. 1. C. VI, 51.

las tres cuartas partes de sus bienes, de manera que el heredero debia gozar al menos de una cuarta parte de la herencia, y tenia el derecho en el caso en que el testador obrara contra la disposicion de la ley, de reducir los legados proporcionalmente para completar esta cuarta parte (1) que hoy se llama *cuarta falcidia*, mientras que los romanos la llamaban simplemente *cuarta ó falcidia*.

La cuarta falcidia pertenece: 1.° á todo heredero directo testamentario ó abintestado (2); no al legatario y fideicomisario gravados con legados y fideicomisos (3): 2.° Si existen muchos coherederos, la cuarta de cada uno de ellos debe quedar franca y libre, aun cuando los bienes en masa no fuesen demasiado gravados (4), pero si uno de los coherederos falta y su porcion acrece á los otros, tiene lugar la cuestion siguiente. ¿La cuarta falcidia debe computarse por cada porcion en particular ó por todas reunidas *(utrum separetur an confundatur legatorum ratio)*? Es necesario examinar para resolverla si la porcion gravada acrece á aquella que no lo es, ó vice versa, ó si las dos partes estan gravadas: en el primer caso las dos partes son separadas y la cuarta se deduce solamente de la porcion gravada. En el segundo caso las dos partes no se cuentan mas que por una y la cuarta se deduce del todo: en el tercero se deduce la

(1) Gaj. II, 224 y sig.-Ulp. XXIV, 32.-Paul. III, 8. D. XXXV, 2, 3. C. VI, 50. Nov. 1. c. 2.

(2) La ley falcidia no concedia este derecho mas que á los herederos testamentarios ya instituidos ya sustituidos; pero el fr. 18. pr.; D. XXXV, 2 se le concede tambien á los herederos abintestato.

(3) Fr. 41. §. 1. D. ibid.

(4) §. 1. J. II, 22. Etenim in singulis heredibus ratio legis falcidiæ ponenda est.-fr. 77. D. XXXV, 2.

cuarta de cada parte (1). 3.° Si los herederos legítimos han sido gravados con legados de tal modo que ni aun les queda su legítima, deben reducirse aquellos hasta completar ésta (2).

Generalmente todos los legados, fideicomisos particulares y donaciones por causa de muerte estan sujetos á la reduccion (3), no asi las donaciones entre vivos (4), á menos que no sean válidas y eficaces hasta despues de la muerte del testador (5). La reduccion debe hacerse tambien proporcionalmente en todos los legados si el testador no designó expresamente aquellos en que habia de hacerse (6).

La cuarta falcidia debe computarse de la manera siguiente: 1.° Para determinar si un heredero tiene generalmente el derecho de reducir los legados para sacar la cuarta falcidia, es necesario examinar la cuota de la herencia al tiempo de la muerte del testador. Si en esta época la herencia no estaba gravada, los legatarios no deben sufrir ninguna reduccion aun cuando posteriormente algun caso fortuito la hubiera disminuido hasta el punto que afectára la cuarta parte de la misma: pero si la herencia estaba gravada, los legatarios estan obligados á sufrir la reduccion, aun cuando posteriormente se hubiera aumentado hasta poder completar la cuarta parte del heredero gravada en un principio (7): 2.° La cuarta debe

(1) Fr. 78. D. ibid.-Cf. fr 1. §. 13. 14. fr. 11. §. 7, 8. fr. 87. §. 3, 5. §. 2. 21. §. 1. fr. 25. pr. D. ibid.
(2) C. 10. C. VI, 50.-C. 24. C. III, 36. Nov. 1. c. 1. §. 1.
(3) C. 2-5. C. VI, 50.
(4) Fr. 27. D. XXXIX, 6.
(5) C. 12. C. ibid.-C. 2. C. VIII, 57.
(6) Fr. 88. §. 2. fr. 54. D. XXXV, 2.
(7) §. 2. J. II, 22.-Fr. 73. pr. D. XXXV, 2.

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO SEVILLA

computarse sobre los bienes del difunto, hecha deduccion de las deudas, cargas hereditarias, gastos de entierro y de inventario (1). 3.° El heredero no debe computar mas que aquello que recibe de la herencia como heredero, de ningun modo lo que recibe como legatario; asi pues, cuando goza de un prelegado, no comprende en la cuarta mas que aquella parte que debe pagarse a sí mismo (2).

4.° Cuando son objeto del legado rentas vitalicias, cuyo valor no puede fijarse exactamente por la incertidumbre de la duracion de la vida del legatario, v. gr. un legado anual, un legado de alimento, ó de un usufructo *(legatum annum, alimentorum, usufructus)* ha de examinarse si aquel á cuyo favor se lega es único legatario, ó existen otros legatarios con él: en el primer caso debe pagársele todo el legado íntegro hasta que los pagos continuos disminuyan la cuarta, en cuyo caso debe ser reducido; en el segundo es necesario inmediatamente completar la cuarta, y reducir el legado en proporcion á la edad del legatario, y de la presuncion que se forme de lo que pueda durar su vida (3). El legado entonces se considera como un todo, que es preciso reducir para dar la cuarta al heredero, y que debe dividirse segun el número de años que se presume vivir á el legatario.

El derecho de retener la cuarta falcidia cesa: 1.° generalmente (*a*) en el testamento de un soldado cuando se ha hecho *jure militari* (4), (*b*) si el heredero no ha aceptado la

(1) §. 3. J. ibid.-fr. 1. §. 19. fr. 36. §. 2. fr. 72. D. XXXV, 2. C. 6. pr.-VI 50.
(2) Fr. 74. fr. 76. pr. §. 1. fr. 86. fr. 91. D. ibid.
(3) Fr. 55. fr. 68. pr. D. ibid.
(4) C. 7. C. VI, 50.-fr. 17, 92, 96. D. XXXV, 2.

herencia á beneficio de inventario (1), (c) cuando el testador prohibió expresa ó tácitamente se sacára la cuarta (2), y (d) si el heredero renunció á este derecho tambien expresa ó tácitamente (3): 2.° en algunos legados que se podrian llamar por esto *legados privilegiados*: (a) el legado hecho en favor de los institutos de beneficencia (4): (b) el legado de una cosa, cuya enagenacion prohibió el testador (5): (c) el de una deuda, en tanto que el legatario puede exigir al menos el importe de su crédito (6): (d) de todos los legados que se computan como legítima (7): finalmente, (e) los legados que el heredero ha querido sustraer (8). Por otra parte, si existen legados privilegiados y no privilegiados, la pérdida debe sufrirla el heredero, de ningun modo los legatarios no privilegiados, recibiendo aquel de menos la porcion que los legatarios privilegiados hubieran debido dar en caso de no serlo para completar su cuarta.

§. 1022. 1025 VIII. *De la nulidad de los legados.*

Un legado puede ser nulo desde su orígen ó posteriormente.

(1) C. 22. §. 14. C. VI, 30.-Nov. 1. C. 2. §. 2.
(2) El antiguo derecho no lo permitia. Fr. 15. §. 1. fr. 27. D. XXXV, 2.-fr. 81. §. 4. D. XXX.-C. 11, 18. C. VI, 50; pero Justiniano concedió al testador esta facultad. Nov. 1. C. 2. §. 2.
(3) Fr. 46, 71. D. XXXV, 2.-C. 19. C. VI, 50.
(4) Segun el antiguo derecho, el legado *ad pias causas* sufria tambien la reduccion: fr. 1. §. 5. D. XXXV, 2, y C. 49. C. I, 3; pero la Nov, 131, C. 12, le eximió de ella.
(5) Nov. 119. C. 11. Auth. sed et C. VI, 50.
(6) Fr. 1. §. 10. D. XXXV, 2.-Cf. fr. 1. §. 12. D. XXXIII, 4.-fr. 81. §. 1, 2.-D. XXXV, 2. fr. 28. §. 1. D. XXX.
(7) Fr. 87. §. 3. D. XXXI.-C. 36. pr. C. III, 28.
(8) Fr. 59. pr. D. XXXV, 2.

A. Es nulo desde su orígen: 1.° cuando se ha dejado á una persona incapaz: 2.° cuando hay vicio en su institucion, y 3.° cuando se lega lo que no puede ser objeto del legado. Un legado nulo desde su orígen no se hace válido por la regla catoniana (1), aun cuando despues desaparezca la causa de nulidad.

B. Un legado puede ser nulo posteriormente: 1.° por *ademptio*, es decir, si el testador le revoca (2). Esta revocacion no exige solemnidad alguna (3), y puede ser hecha por escrito ó de palabra, expresa ó tácitamente; es tácita cuando el testador tacha el legado, cuando destruye la cosa legada, ó la transforma en una nueva especie diferente de la primera, ó cuando la enagena sin necesidad, ó la dona intervivos á otra persona (4). Hay tambien algunos casos, en que la revocacion se presume principalmente cuando se suscita enemistad entre el testador y el legatario, ó cuando aquel injuria á éste (5). 2.° por *traslatio*, que es toda modificacion que un testador hace en un legado (6). Asi sucede (a), cuando lega una cosa diferente de aquella que habia legado: (b) cuando grava á otra persona con el pago del legado: (c) cuando lega á uno la cosa que habia legado á otro: (d) y cuando cambia el modo del legado (7). Toda traslacion

(1) Fr. 1. pr. D. XXXIV, 7. Quod si testamenti facti tempore decessisset testato inutile foret, id legatum, quando cumque decesserit non valet.
(2) J. II, 21.-D. XXIV, 4.-Ulp. XXIV, XXIX.
(3) Fr. 3. §. 11. D. ibid.-pr. J. II, 21.
(4) Fr. 16.-18. D. ibid.-pr. 65. §. 2. D. XXX.
(5) Fr. 3. §. 11. fr. 4. fr. 13. D. XXXIV, 4.
(6) J. II, 21. D. ibid.
(7) Fr. 6. pr. D. ibid.-§. 1. J. ibid.-fr. 5. fr. 3. §. 8, 9. fr. 10. fr. 24. pr. D. ibid.

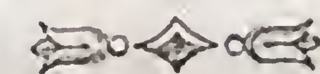
de un legado equivale á la revocacion del mismo, é institucion de otro nuevo, y esta es la razon porque son necesarias para transferir un legado, las mismas solemnidades que para su institucion, pues que de otro modo se revocaria el legado sin transferirle, y ni el primero ni el segundo serian válidos (1). 3.° En muchos casos un legado se hace nulo contra la voluntad del testador, y entonces se llama *legatum extinctum.* Tales son: (*a*) cuando el legatario muere antes que el testador, ó en caso de supervivencia, cuando muer antes que haya adquirido el derecho sobre el legado, y o existe colegatorio (2): (*b*) no cumpliéndose la condicion de que depende el derecho al legado: (*c*) si el testamento que contiene el legado se rompe, inutiliza ó anula (*ruptum, irritum, destitutum*); si el legatario adquiere de otra persona y á título oneroso, la cosa agena que le habia legado (3), y (*e*) cuando el objeto del legado perece ó sufre una especificacion que interdice la propiedad (4). 4.° Ademas de estos casos hay aun muchos en que un legado se considera como no escrito (*pro non scripto*) (5), y otros en los cuales se quita al legatario como indigno (*legatum ereptitium*) (6). Entre los legados que se consideran como no escritos, se cuenta aquel que el que redactó la última voluntad del testador, escribió en su fa-

(1) §. 12, 21. J. II, 20.-fr. 34. pr. D. XXX.
(2) C. ún. §. 2, 4, 7. C. VI, 51.
(3) §. 6. J. II, 20.-fr. 21. §. 1. D. XXXII, fr. 17, 19. D. XLIV, 7.
(4) §. 16. J. II, 20.-fr. 89. pr. §. 1. D. XXXII. Acerca de los casos en que perece una de varias especies legadas; véase fr, 1, 2. D. XXXIII, 8. §. 17.-20. J. II, 20.-fr. 22. D. XXX.
(5) D. XXXIV, 8.
(6) D. XXXIV, 9. C. VI, 35.

vor, sin que el testador le confirmase de otra manera (1). De los casos de incapacidad, hemos hablado ya en otro lugar (§. 985).

CAPITULO III.

DE LAS SUCESIONES FIDEICOMISARIAS.



§. 1026. I. *Nocion y especies de fideicomisos en general.*

Se llama fideicomiso toda disposicion de última voluntad, por la que se encarga alguno restituya á un tercero el todo ó parte de los bienes que se le dejan. Segun que la herencia ha de restituirse en todo ó en parte, el fideicomiso toma entre los romanos el nombre de *fideicomisaria hereditas*, y entre los modernos *fideicomisum universale.* Si por el contrario, la restitucion versa sobre una cosa individual, ó sobre una suma determinada, el fideicomiso se llama entre los romanos *fideicomisum singulæ rei, sive fideicommissum speciale*, y entre los modernos *fideicomisum singulare* (2). El heredero solo puede ser gravado con la obligacion de restituir un fideicomiso universal, cuando por el contrario todos aquellos que reciben algo del testamento, pueden serlo para restituir un fideicomiso singular.

(1) Segun el Senado-consulto Liboniano D. XLVIII, 10. C. IX, 23. fr. 1. D. XXXIV, 8. fr. 29. D. XXVI, 2.
(2) §. 2, 12. J. II, 23.-pr. J. II, 24.

§. 1027. II. *De los fideicomisos universales en general* (1).

El fideicomiso universal, segun el derecho de Justiniano, produce siempre una sucesion universal (2): es, pues, una especie de sustitucion, puesto que otro heredero ocupa en todo ó en parte el lugar del primero (3). Sin embargo, la sustitucion fideicomisaria difiere de la sustitucion vulgar de un heredero directo, en que en esta última el segundo heredero no tiene realmente la cualidad de heredero, sino es cuando el primero no ade la herencia, mientras que en el fideicomiso universal, el segundo heredero no puede solicitar, hasta que el heredero directo ha obtenido definitivamente, la cualidad de tal. Pero á la manera que en la sustitucion vulgar el testador puede establecer muchos grados, tambien en el fideicomiso universal puede disponer que le restituya al segundo el primer heredero, el segundo al tercero, y asi sucesivamente (4). El fideicomiso instituido en favor de la familia del instituyente, se llama *fideicomisum familiæ*, y cuando la duracion continúa en tanto que existe un miembro de esta familia, se llama *fideicomisum perpetuum* (5).

§. 1,028. B. *De los sujetos del fideicomiso universal.*

Las personas que intervienen en un fideicomiso universal, son: 1.° el *fideicommitens*, ó sea el que le instituye, quien debe tener la testamentifacion activa (1): 2.° el *fideicomisarius*, ó sea el que le recibe, que debe gozar de la testamentifacion pasiva (2): 3.° el *fiduciarius*, ó sea el que debe restituirle: y puede ser heredero directo ó fideicomisario (3).

(1) Ulp. XXV, 14, 15. Gaj. II, 247, 259.-J. II, 23. D. XXXVI, 1. C. VI, 49. 52.

(2) Antes de Justiniano el heredero fideicomisario era como dice Gajus, II. 251: aliquando heredis loco, aliquando legatarii.

(3) Tambien se le llama al fideicomiso universal, *substitutio obliqua s. fideicommissaria* en oposicion con la *substitutio directa* que comprende las sustituciones vulgar y pupilar.

(4) §. 11. J. II, 22.

(5) Nov. 159.

§. 1029. C. *De la institucion y de la adquisicion del fideicomiso universal.*

Un fideicomiso universal puede ser instituido como un legado en cualquiera disposicion de última voluntad: es tambien válido, aunque se haga sin solemnidad alguna, cuando el testador encargó al heredero verbalmente lo cumpliera; pero en este caso el fideicomisario no puede probar su derecho, sino es por juramento del fiduciario, (*fideicomisum presenti heredi injunctum*) (4). Los mismos principios que rigen sobre el modo y la adquisicion de los legados, se aplican á los fideicomisos universales (5).

§. 1030. D. *De la relacion legal entre el fiduciario y el fidei comisario.—1.° Segun el senado consulto Trebeliano.*

La eficacia de un fideicomiso universal, depende de que

(1) Ulp. XXV, 4.-fr. 2. D. XXX.

(2) Ulp. XXXV, 6.-Gaj. II, 284.-fr. 67. §. 3. D. XXXVI. 1.

(3) §. 10, 11. J. II, 23.-fr. 1. §. 6. D. XXXII.-fr. 8. §. 1. D. XXIX, 7.

(4) §. 2. J. II, 25. §. 12. J. II, 23. C. 32. C. VI, 42.

(5) §. 2. in fine J. II, 23. En cuanto á la adquisicion y transmision de un fideicomiso: vide fr. 25. pr. fr. 44. pr.; fr. 46. D. XXXVI, 1, 22. C. VI, 42.

el heredero directo sea efectivamente tal heredero, y en este caso está obligado á la restitucion (1). Mas cuando el heredero directo viene á la sucesion se le conserva esta cualidad de heredero por el principio de *Derecho Romano*, *semel hæres*, *semper hæres*, aun cuando como fideicomisario esté obligado á restituir toda la herencia, y puede no solo antes de la restitucion sino es despues demandar á los deudores de la herencia y ser demandado por los acreedores de la misma; en un principio el fideicomisario tenia por su parte grande analogía con el parciario, *(parciarius)*, cuando se le restituia una parte alicuota de la herencia y á semejanza de este último era solamente un sucesor particular, y las estipulaciones, *partis et pro parte*, intervenian tambien entre él y el heredero directo. Este derecho estuvo vigente hasta que el senado consulto Trebeliano dado en el imperio de Neron, (á. ú. 814), ordenó que despues de la restitucion de la herencia todas las acciones que por el derecho civil competian al heredero directo y podian dirigirse contra él pertenecieran igualmente como acciones útiles al fideicomisario y se dieran contra él en proporcion de la parte que recibe. El fideicomisario estaba, pues, *heredis loco*: la restitucion producia una sucesion universal y las estipulaciones del antiguo derecho *partis et pro parte*, no eran necesarias (2).

(1) El fiduciario debe pues prestar tambien una caucion fidejusoria ó fideicomisaria para garantir la restitucion de la herencia, fr. 1. §. 1. D. XXXVI, 4.-C. 1. 4. C. VI, 54.

(2) Ulp. XXV. 14-16.-Gaj. II, 251-259. J. II, 23.-D. XXXVI, C. VI, 49.

§. 1031. 2. *Segun el senado consulto Pegasiano.*

Sin embargo, el heredero directo era siempre libre de aceptar ó repudiar la herencia, y era de temer que la repudiase cuando, obligado á restituirla toda, no sacaba de ella ventaja alguna. Para asegurar tambien bajo este concepto la eficacia de los fideicomisos, el senado consulto Pegasiano dado bajo el imperio de Vespasiano, amplió la ley falcidia á los fideicomisos universales, y ordenó que el heredero directo, á quien se obligaba á restituir un fideicomiso universal, tuviera siempre el derecho de retener la cuarta parte de la herencia ó de su porcion hereditaria, si bien con la obligacion de aceptarla (1). El que se aprovechaba de esta cuarta restituia la herencia *ex S. Cto. Trebeliano*, y los créditos y deudas se divian *ipso jure* entre él y el ficeicomisario proporcionalmente á la parte hereditaria de cada uno: el que por el contrario no tenia libre esta cuarta parte de los bienes restituia *ex S. Cto. Pegasiano*, y las dos partes se obligaban de nuevo á darse mutuamente una caucion, por medio de la estipulacion, *partis et pro parte*, para asegurar su parte respectiva en las utilidades y pérdidas hereditarias *(lucra et damna hereditaria)* (2).

§. 1032. 3. *De la reunion de los dos senados consultos en uno solo por Justiniano.*

Justiniano reunió el derecho del senado consulto Pega-

(1) §. 7. J. II, 23.

(2) En el primer caso el fideicomisario estaba *heredis loco*, en el segundo *legatarii loco*, por esta razon dice Gajus: is vero qui recipit hereditatem, *aliquando* heredis loco est, *aliquando* legatarii.

siano con el senado consulto Trebeliano y de esta reunion derivan los principios siguientes:

1.° El heredero directo encargado de restituir un fideicomiso universal tiene en cualquier tiempo el derecho de retener la cuarta parte de su porcion hereditaria, *(cuarta trebeliana)*.

2.° Los créditos y deudas de la herencia deben considerarse como divididos, *ipso jure*, entre el fiduciario y el fideicomisario que está siempre *herediris loco* (1).

3.° El fiduciario que no quiere aceptar la herencia puede ser obligado á ello, pero en este caso pierde el derecho á la cuarta parte y á todos los demas beneficios que tendria segun la voluntad del difunto (2).

4.° Ademas cuando el fiduciario ha aceptado la herencia y está en posesion de ella puede el fideicomisario demandarle la constitucion de la misma por médio de la *actio personalis ex testamento*. Sino está en posesion de ella, al menos debe prometer la restitucion y el fideicomisario tiene contra el tercer poseedor *pro herede* ó *pro posesore* la *peticion de la herencia fideicomisaria, (hereditatis petitio fideicomisaria)* (3).

§. 1033. 4. *De la cuarta Trebelianica en particular.*

La cuarta, que se llama *Trebelianica*, no es otra cosa que la *cuarta falcidia* aplicada á los fideicomisos universales; debe, pues, regirse por los principios establecidos para

(1) §. 7. J. II, 23.-C. 7. §. 1. C. VI, 49.
(2) Fr. 4. fr. 2. §. 14, 15. fr. 43. fr. 55. §. 3. fr. 28. §. 1. D. XXXVI, 1.
(3) Fr. 37. pr. fr. 63. pr. D. ibid.-D. V. 6.

la cuarta falcidia; de aqui se sigue: 1. Que solo el heredero directo tiene derecho á retenerla, y no el fideicomisario encargado de restituir un fideicomiso (1): 2. Que cuando existen muchos herederos directos gravados con un fideicomiso universal, cada uno de ellos puede retener la cuarta en proporcion de su parte hereditaria (2): 3. Que debe deducirse de la masa á no ser que se haya permitido al heredero retener alguna cosa individual, cuyo valor equivalga á la cuarta parte de la sucesion (3): 4. Que el heredero no debe comprender en la cuarta mas que aquello que toma en calidad de tal, de modo alguno, lo que recibe como legatario (4): 5. Que en todos los casos en que no puede sacarse la cuarta de los legados, tampoco puede sacarse del fideicomiso universal (5); asi segun la última disposicion de Justiniano el heredero no tiene el derecho de retener la cuarta Trebelianica cuando el testador lo prohibió, y lo prohibe tácitamente cuando manda se restituya toda la herencia (6).

§. 1034. 5. *De la época de la restitucion.*

El fiduciario debe seguir en cuanto á la época de la restitucion la voluntad expresa del testador, y en defecto de esta última debe restituirse inmediatamente despues de la acepta-

(1) Y es el motivo, cum semel adita est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur, fr. 55. §. 2. fr. 22. §. 5. D. XXXVI, 1. Son excepciones de esta regla el fr. 1. §. 19. fr. 63. §. 11. fr. 55. §. 2. D. ibid.
(2) Arg. §. 1. J. II, 22.
(3) §. 9. J. II, 23.
(4) Fr. 74. fr. 30. §. 7. D. XXXV, 2.
(5) Fr. 1. §. 18. fr. 3. §. 1. fr. 4. fr. 45. D. XXXVI, 1.
(6) Nov. 1. C. 2. §. 2.

cion de la herencia (1); en uno y otro caso tiene derecho á indemnizarse de las impensas necesarias y útiles que haya hecho en favor del fideicomiso ó del fideicomisario; respecto á las impensas voluptuarias no tiene mas que un *jus tollendi* (2), pero responde tambien del daño causado por su culpa (3).

§. 1035. 6. *De la incapacidad de enagenar los fideicomisos.*

En tanto que el fiduciario tiene la posesion y disfrute del fideicomiso es un verdadero propietario del mismo, pero no puede enagenar las cosas que forman parte de él (4), á menos que la enagenacion se haga para pagar las deudas de la herencia, ó para evitar que el fideicomiso sienta algun daño (5), ó que el testador lo permita (6), ó consientan en ello todas las partes interesadas (7). La enagenacion de las cosas pertenecientes al fideicomiso, hecha fuera de los casos expresados, es nula, y el fideicomisario, tan luego como se le defiere el fideicomiso, puede invalidarla por medio de la accion útil en reivindicacion. La ley le concede tambien para garantir su crédito en restitucion del fideicomiso una hipoteca legal sobre la porcion hereditaria que corresponde al

(1) Fr. 41. §. ult. D. XXXII.
(2) Fr. 19. §. 2; fr. 22. §. 3. D. XXXVI, 1.-fr. 58. D. XXX, fr. 40. §. 1. D. XII, 6.
(3) Fr. 22. §. 3. D. XXXVI, 1.
(4) C. 3. §. 2, 3. C. VI, 43.-Nov. 156.
(5) Fr. 154. §. 14. D. XXX,-fr. 38. pr. D. XXXII,-fr. 22. §. 3. D. XXXVI, 1.-fr, 104. D. XLVI, 3.
(6) Aut. *contra* C. VI, 49.-fr. 70. §. 3. fr. 71, 72. D. XXX, 1.
(7) C. 11. C. VI, 42.-fr. 120. §. 1. D. XXX. Otra excepcion contiene la Nov. 39. c. 1. y la Nov. 108. c. 1.

heredero encargado de la restitucion (1). Si por el contrario, el fiduciario no está obligado á restituir al fideicomisario mas que lo que conserve de la herencia á la época de su muerte, (*fideicomisum ejus quod super-futurum est*) puede por derecho nuevo disponer de las tres cuartas partes de la herencia, restituyendo al fideicomisario la cuarta restante por la cual está obligado á prestar fianza (2).

§. 1036. E. *De la extincion de los fideicomisos.*

El fideicomiso se extingue, no solo en todos los casos en que se anula la disposicion que le contiene (3), sino es en otros varios: 1.° cuando el fideicomisario renuncia á él (4): 2.° muriendo antes de haber adquirido su derecho: 3.° cuando no se cumple la condicion de la que dependia la validez del fideicomiso (5): 4.° cuando concluye toda la familia en cuyo beneficio se fundó (6), ó cuando todos los miembros de esta familia consienten en su supresion ó enagenacion (7).

(1) C. 1.-3. C. VI, 43.-Nov. 108. c. 2.-Nov. 159.
(2) Nov. 108. c. 1, 2.
(3) C. 29. C. VI, 42.
(4) C. 26. C. ibid.-Cf. C. 1. 16. C. II, 3.-C. 11. C. II, 4.
(5) Fr. 10. 2. D. XXXV, 1.-C. 30. C. VI, 42.-C. 3. §. 3. C. VI, 43.
(6) Fr. 78. §. 3. D. XXXI.
(7) C. 11. C. VI, 42.

CAPITULO IV.

DE LA DONACION POR CAUSA DE MUERTE (1).



§. 1037. I. *Idea de la donacion por causa de muerte.*

Hay donacion por causa de muerte (*mortis causa donatio*) 1. Cuando hallándose uno en un peligro inminente da á otro una cosa bajo la condicion de que el donante la recobre, si sale del peligro (2): 2. cuando durante la vida, y sin consideracion á peligro alguno se dá á otro una cosa, el cual no adquiere derecho alguno sobre ella hasta despues de muerto el que la dió (3). Este último es el caso de la verdadera donacion por causa de muerte, cuyo carácter particular es, que se hace nula *ipso jure*, ya por la revocacion del donante, ya por la muerte del donatario anterior á la del donante (4). Sin embargo para que la donacion por causa de muerte produzca sus efectos, es necesario que el donante entregue en vida al donatario la cosa que es objeto de ella. Como la donacion *mortis causa*, tiene grande analogía con los legados por su carácter de revocabilidad, cuestionaron los jurisconsultos romanos sobre si debe considerársela

(1) §. 1. J. II, 7.-D. XXXIX, 6. C. VIII, 57.
(2) §. 1. J. ibid. fr. 26. pr. D. XVI, 13.-fr. 2, 7. fr. 29. D. XXXIX, 6.
(3) §. 1. J. cit.-fr. 1, 2. D. ibid.
(4) Fr. 13. §. 1. fr. 26. fr. 27; fr. 35. §. 2, 4; fr. 42. §. 1. D. XXXIX, 6.-Nov. 87. c. 1.

como contrato ó como légado (1). Justiniano decidió que fuese válida como legado y como fideicomiso en el caso en que no pudiera valer como verdadera donacion (2).

§. 1038. II. *De la naturaleza legal de la donacion por causa de muerte.*

A. La donacion por causa de muerte conviene con los legados: 1.º en que como estos puede revocarse en cualquier tiempo por el donante (3): 2.º en que solo el que puede legar y adquirir por legados puede tambien donar y adquirir por donacion *mortis causa* (4): 3.º en que á semejanza del legado, la donacion por causa de muerte no necesita insinuarse para su validez, aun cuando exceda de 500 sueldos (5): 4.º en que la donacion por causa de muerte está sujeta como el legado á la reduccion de la cuarta falcidia (6), concediéndose tambien la queja de donacion inoficiosa contra la donacion *mortis causa* que disminuye la legítima: 5.º en que el donatario por causa de muerte goza de las mismas acciones que el legatario, y 6.º en que cuando hay muchos gozan tambien como los colegatarios y bajo las mismas condiciones del derecho de acrecer.

B. Pero por otra parte la donacion *mortis causa* para

(1) Paul. fr. XXXV, §. 3. D. ibid. se pronunció en favor de lo primero Juliano y Ulp. fr. 17; fr. 37. pr. D. ibid.-fr. 1.-§. 1. D. XXXVII, 5. fr. 3. §. 17. D. XXXVIII, 2. por lo segundo.
(2) C. 4. C. VIII, 57.-§. 1. J. II, 7. Nov. 87. c. 1.
(3) Fr. 13. §. 1; fr. 35. §. 2,-4. D. XXXIX, 6. fr. 27; fr. 44. §. 1. D. ibid.-Nov. 87. c. 1.
(4) Fr. 15; fr. 9; fr. 35. pr. D. ibid.
(5) C. 4. C. VIII, 37.
(6) Fr. 27. D. ibid.-C. 5, C. VI, 50.-C. 2. C. VIII, 57.

ser válida como verdadera donacion, tiene los caracteres particulares siguientes: 1.° produce sus efectos desde el instante mismo de la muerte del donante, y su validez no depende de la adicion de la herencia, es decir, queda válida aun cuando el heredero instituido repudie la sucesion (1): 2.° basta que el donatario sea capaz de adquirir en el momento de morir el donante para que adquiera la donacion *mortis causa* (2): 3.° el hijo de familia puede tambien donar por causa de muerte siempre que esté autorizado por su padre y que lo haga del peculio *profetitio* (3): 4.° la donacion por causa de muerte que tiene por objeto una renta anual se considera como una sola donacion (4), mientras que el legado de esta clase se mira como si comprendiese muchos legados: 5.° el que sin éxito ataca como nulo ó como inoficioso un testamento pierde todos los legados que en su favor contiene, pero no la donacion por causa de muerte (5): 6. Finalmente, cuando un testador revoca todos los legados sin hacer mencion expresa de las donaciones *mortis causa* se entienden estas no revocadas.

La donacion por causa de muerte que tiene todos estos caracteres particulares ó en otros términos que está destinada á valer como donacion y no como legado, debe cumplirse viviendo el donante, y si excede de la suma de 500 sueldos insinuarse en las actas públicas, porque de otro modo solo valdria como legado ó como fideicomiso (6). Es

(1) Fr. 32. D. ibid.
(2) Fr. 22. D. ibid.
(3) Fr. 25. §. 1. D. ibid.
(4) Fr. 35. §. 7. D. ibid.
(5) Fr. 5. §. 17. D. XXXIV, 9.
(6) Fr. 75. pr. D. XXXI,-fr. 18. §. 2. D. XXXIX, 6.

necesario, pues, que en este último caso se guarden y cumplan al hacer la donacion cuantas solemnidades son necesarias para un legado (1).

§. 1039. III. *De la extincion de la donacion por causa de muerte.*

La donacion *mortis causa*, ya se mire como legado, ya como tal donacion, se extingue: 1.° por la revocacion del donante (2), que conserva siempre esta facultad (á menos que por un pacto particular no se prive de ella) *conventio* (*ne revocetur*) (3). La donacion hecha por causa de un peligro en que se hallaba el donante, se extingue aun sin revocacion, con solo salir de él (4): 2.° por la muerte del donatario antes de la del donante (5), 3.° si el donante da á otro mientras vive la cosa que era objeto de la donacion (6), si la enagena sin necesidad (7), ó si hace en ella un cambio esencial (8). Anulándose por cualquiera causa una donacion *mortis causa* ya ejecutada, el donante ó sus herederos pueden repetir la cosa donada, si es que existe, por medio de la accion reivindicatoria, y sino existe, por medio de la condicion *sine causa* ó de una *actio in factum* (9).

(1) C. 4. C. VIII, 57.
(2) Aqui deben aplicarse los principios sentados acerca de la revocacion de los legados.
(3) Fr. 13. §. 1; fr. 35. §. 4. D. XXXIX, 6.
(4) §. 1. J. II, 7.-fr. 29. D. ibid.
(5) Fr. 26. D. ibid.
(6) Fr. 18. D. XXXIV, 4.
(7) Fr. 24. §. 1. D. ibid.-§. 12. J. II, 20.-fr. 11. §. 12. D. XXXII, C. 3. C. VI, 37.
(8) Fr. 88. §. 2. D. ibid.-fr. 24. §. 4.-fr. 65. §. 2. D. XXX.
(9) Fr. 29; fr. 18. §. 1. fr. 35. §. 3; fr. 37. §. 1. D. XXXIX 6.

§. 1040. *Mortis causa capio.*

Se entiende por *mortis causa capio*, en el sentido lato, cuanto se adquiere por la muerte de una persona, asi las sucesiones, los legados, y los fideicomisos como las donaciones *mortis causa*. En el sentido extricto por el contrario, solo se entiende por la *mortis causa capio* las adquisiciones por causa de muerte que no tienen nombre particular (1). Entre estas últimas se cuenta: 1.° lo que se recibe en caso de muerte para el cumplimiento de una condicion de parte de otra persona (2): 2.° la donacion que se hace válida por la muerte de un tercero acaecida antes que la del donante (3), finalmente, 3.° todo lo que se recibe por repudiar una herencia, para que ésta pase á los sustituidos ó á los herederos abintestato (4).

(1) Fr. 31. pr.; fr. 38. D. XXXIX, 6.
(2) Fr. 1. §. 8; fr. 30. §. 7; §. 91. D. XXXV, 2.-fr. 38. D. XXXIX. 6.
(3) Fr. 18. pr. D. ibid.
(4) Fr. 8. pr. D. ibid.

LIBRO QUINTO.

DE LA RESTITUCION IN INTEGRUM (1).

CAPITULO PRIMERO.

PRINCIPIOS GENERALES.

§. 1041. I. *Nocion de la restitucion in integrum.*

La restitucion *in integrum (in integrum restitutio)* consiste en derecho romano, en que el pretor puede por motivos de equidad, anular un acto estrictamente válido en derecho civil, con tal que preceda demanda de una de las partes, á quien el acto perjudicó. La restitucion coloca á los interesados en el estado en que se encontraban antes del acto (2). La causa de haberse introducido la restitucion *in integrun*, es necesario buscarla en el rigor del antiguo derecho civil. Efectivamente, segun este derecho, muchos actos que no hubieran sido válidos, con arreglo á

(1) Fuentes: Paul, *Sent. recept.* l. 7.-9.-Cod. Teod, II. 15. 16 D. IV, 1.-7, 44. 4. Cod Just, II, 20.-55.
(2) Paul. *Sent recep.* I· 7.-1.-fr. 1, §. 27, D. XLVIII. 18. fr. 27. D. XLVIII, 19.-C. 1. C. XIX. 51. Por esta razon se la llama tambien *redintegratio causæ jure civili amisa ó instauratio negotii.* C. 2, CII. 41.-C. 2. CII.-22.

los principios generales de derecho, producian sus efectos, con tal que la forma civil, se hubiera observado en ellos. Por esta causa el pretor daba contra estos actos una escepcion, y si ésta no producia efecto, concedia la restitucion *in integrun* (1). Por igual motivo el pretor restituia tambien contra el perjuicio que cualquiera habia sufrido, por prescripcion, ó por una omision válida en derecho civil; de aqui, pues, se deduce que las restituciones *in integrun* tuvieron su orijen en el edicto del pretor: pero que mas tarde se admitieron en las constituciones.

Entre las restituciones introducidas por las constituciones imperiales, y que por ésta razon se llaman tambien restituciones civiles, se cuentan: 1.° La restitucion contra un fallo ejecutoriado, ó que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, pero que se funda sobre declaraciones ó documentos tachados de falsos (2). 2.° La restitucion contra un juramento principal y necesario, prestado por mandato del juez, si se descubren nuevos hechos; porque no cabe la restitucion contra el juramento deferido (3); 3.° La restitucion contra la adiccion de una herencia gravada con muchas deudas no conocidas al tiempo de la adiccion (4).

§. 1042. II. *Condiciones de la restitucion pretoria.*

La restitucion pretoria, solo se concede cuando concurren las condiciones siguientes, 1.° Que exista una lesion enorme, (5), producida por el acto ó por la omision del acto, sin que el perjudicado pueda atribuirla á falta suya (1). 2.° Una causa legítima de restitucion (2). 3.° Que no haya otro medio de derecho para evitarla. De aqui pues, que por regla general no hay restitucion cuando el acto es nulo por derecho civil, ó al menos cuando puede ser combatido de nulidad (3).

(1) Gaj. IV. 116.-§. 1.-5. J. IV. 13. Teohp. ad. h. l. fr. 1. D. IV. 1.
(2) F. 33, D. XLII.. 1.-C. VII, 58.
(3) Fr. 31. D. XII. 2.-C. XIX, 2. 4.
(4) Gaj. II, 163. in. fine
(5) Fr. 4. D. IV. 1.-fr. 9. pr.; fr. 16, §. 4. fr. 49. D. IV. 4.

§. 1043. III. *Del procedimiento en materia de restitucion.*

La restitucion *in integrun* debe considerarse como un beneficio de la ley; de aqui es que debe siempre intentarse y proseguirse. (4) 1.° Bien directamente por medio de una *accion*, cuando el perjudicado tiene derecho para valerse de ella, porque el acto se ha consumado, ó porque ha sufrido ya el perjuicio. Este caso daba lugar segun el antiguo derecho romano á un doble proceso, á un *judicium rescindens* y á un *judicium rescisorium*. En el primero solo habia que examinar, si en las circunstancias dadas, procedia la restitucion que se habia pedido, cuya cuestion decidia el pretor despues de una informacion extraordinaria *(extraordinaria cognitio)*. Cuando la restitucion se concedia al actor, entraba este tambien en su derecho y accion primitivos, como si jamas los hubiera perdido; intentaba su accion contra el adversario, como una *accio rescisoria ó restitutoria*, y en este caso el pretor

(1) Fr. 7. pr. D. IV, 1.-fr. 16. 27. D; IV, 6. fr. 11. §. 4, 5; fr, 7. §. 8. D. IV, 4.-fr. 21. §. 6. D. IV, 2. Se esceptua sin embargo el menor. fr. 44, D. IV, 4.-Gaj II, 163; IV. 57.
(2) Fr. 1.-3. D. IV. 1.
(3) Fr, 16. pr.; §. 1.-4-D. IV. 4.-fr. 1. §. 78; fr. 7. D. IV, 3,-fr. 21. §. 3. D. IV, 2. Esta regla sufre algunas excepciones que pueden verse en la C. 3. C. II, 20.-C. 3, C. II, 25.
(4) Fr. 69. D. L. 17.-fr. 25. §. 1, D. IV, 4.

daba un *judicium*, esto es nombraba un juez: de este modo se incohaba el proceso ordinario ó el juicio rescisorio sobre lo principal (1). Por derecho romano posterior se han combinado ambos procesos, y el juez despues de oir á ambas partes (*causa cognita*) pronuncia ó decide al mismo tiempo sobre la restitucion y sobre lo principal. 2.ª Bien bajo la forma de una excepcion, cuando el acto perjudicial no se ha consumado aun y el perjudicado es demandado para que lo ejecute, ó cuando si bien se ha consumado el acto, el perjudicado por un caso fortuito está en posesion de la cosa que habia perdido en virtud de aquel (2) y 3.º en fin, bien como réplica y dúplica (3).

§. 1044. IV. *De la duracion de la restitucion.*

Para saber dentro de que tiempo debe intentarse la restitucion, es necesario examinar de que manera se la hace valer. 1.º si se pide directamente por medio de accion, debe intentarse en el término de cuatro años (4). Este termino comienza á correr para los menores desde que cumplen la mayor edad y para los mayores desde que tubieron conocimiento de la lesion ó daño sufrido, y pudieron reclamarlo (5). 2.º Si se demanda bajo la forma de una excepcion ó de una dúplica, puede oponerse en cualquier

(1) §. 5. J. IV, 6.-fr. 35. pr. in fine. D. XLIV,-7.-fr. 13 §. 1. D. IV. 4.
(2) Fr. 9. §. 3. D. IV, 2.
(3) Fr. 9. §. 4. D. XII. 2.
(4) C. 2. pr. C. Theod. II, 16.-C. 7. C, II, 53.
(5) C. 7. pr. C. II. 48.-C. 8. C. II, 21.-C. VI, C. II. 20.

tiempo (1). 3.º Finalmente, si como réplica, debe intentarse dentro del mismo término, por el que se estingue la accion en restitucion (2).

§. 1045. V. *Efectos de la restitucion.*

El efecto general de la restitucion *in integrun*, es reponer en cuanto es posible todas las cosas al ser y estado que tenian antes del acto. Cada una de las partes debe, pues, devolver lo que habia recibido de la otra, con todas las accesiones y frutos, á no ser que éstos se compensen con los intereses del dinero, que tambien deben restituirse (3); asi mismo tienen derecho las partes á reembolsarse de las impensas necesarias y útiles que durante su posesion hicieron en la cosa (4). Aquel á quien se restituye en un derecho que habia perdido, ó al que habia renunciado, entra en el ejercicio de este derecho y queda libre de la obligacion en que estaba constituido (5).

§. 1046. VI. *Por quien y contra quien puede pedirse la restitucion.*

Con respecto á las personas por las que y contra las que puede pedirse la restitucion, es necesario observar: 1.º Que el beneficio de la restitucion, puede invocarse, no

(1) Fr. 5. §. 6. D. XLIV, 4.-C. 5. C. VIII, 36.
(2) Fr. 9. §. 4. D. XII, 2.
(3) F. 24. §. 4. D. IV, 4.-C. ún. pr. C. II, 48. Cf. fr. 23. §. 2. fr. 28 §. 6. D. IV, 6.-fr. 27. §. 1 fr. 40. §. 1. D. IV. 4.
(4) Fr. 39. §. 1. D. ibid.
(5) C. ún. §. 1 2. C. II, 48. Cf. C. 2. C. II, 40.-C. 8. C. II. 22.

solo por el mismo perjudicado, sino por su heredero (1), sus cesionarios (2) y sus fiadores (3), aun cuando aquel no usase de él (4): 2.° Que generalmente no puede intentarse sino contra aquel con quien se contrató; de modo alguno contra el tercer poseedor de la cosa; excepto (a) cuando la accion en restitucion es una *actio in rem scripta* (5) y (b) cuando el derecho que se perdió, y en el cual hemos sido restituidos es un derecho real (6).

CAPITULO II.

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE LA RESTITUCION PRETORIA (7).

§. 1047. *Causas generales.*

La restitucion pretoria se funda ó en una causa expresamente determinada en el edicto (8); ó en la causa gene-

(1) Fr. 6. D. IV. 1.-fr. 18. §. 3. D. IV. 4. Mas es necesario que el difunto no haya renunciado, válidamente á él y que no haya transcurrido el término concedido, pues el heredero no tiene otro tiempo para reclamarla, que el que resta desde el fallecimiento de su causante. fr. 19. D. IV. 4.-C. ún. C. II, 34.

(2) Fr. 24. pr. D. IV. 4.-fr. 14. §. 2. D. IV, 2.

(3) F. 17, §. 1; fr. 19. D. XLIV. 1. Escepto cuando se ha prestado la fianza espresamente para garantir el crédito contra el beneficio de la restitucion fr. 9. §. 3. D. XIV, 6. fr. 13. pr. D. IV, 4.-C. 2. C. II, 24.

(4) Fr. 14. §. 2. D. IV. 2.-C. 5. §. 1.-3. C. II, 53,

(5) F. 9. §. 8. D. IV. 2.

(6) §. 5. J, IV. 6.

(7) D. IV, 1.-7.-C. II, 20.-55.

(8) Fr. 1. 2. D. IV. 1. Preæter hominibus vel lapsis vel circunscriptis subenit: *sive metu, sive calliditate, sive ætate, sive absentia inciderum in captionem, sive per status mutationem aut justum errorem*

ral del pretor, añadida al edicto de restitucion por causa de ausencia: *item si qua alia mihi justa causa esse videvitur in integrun restituam* (1).

§. 1048 I. *De la restitucion por causas determinadas.*

A. POR CAUSA DE FUERZA. (2).

El que por fuerza, violencia ó miedo efectivo ha sido obligado á ejecutar un acto, que le perjudica, pero que es válido por derecho extricto puede, fundándose en estas causas, pedir la restitucion de este acto (3); el pretor le restituia: 1.° la accion que nacia del derecho que el perjucado perdió, cencediéndosela como accion útil y como si siempre la hubiera conservado. Esta accion primitiva restituida tomaba el nombre de *actio resscissoria sive restitutoria* y no perdia nada de su naturaleza; es decir, que era real ó personal segun la naturaleza del derecho restituido (4). El pretor daba ademas al perjudicado: 2.° una accion nueva independiente de la primera, la accion *quod metus causa* (5) no solo contra el que cometió la violencia (6), ó causó el miedo, sino tambien contra el tercero que de buena fé posee la cosa, objeto de la fuerza (7), y contra los herede-

(1) Fr. 1. §. 1. in fine D. IV, 6.

(2) D. IV, 2.-XLIV, 4. C. II, 20.

(3) Fr. 1. D. IV, 2. Cf. fr. 3. §. 1; fr. 7; fr. 8. §. 3; fr. 21. §. 1. fr. 23. §. 2. D. ibid.-C, 9. C. II, 20.

(4) Fr. 9, §. 4.-8. D. IV,-2.-fr. 3. C. II, 20.

(5) Fr. 9. §. 4.-6; fr. 14. §. 5. D. ibid.

(6) Aun cuando no poseyese la cosa fr. 14. §. 5. D. ibid.

(7) Fr. 14. §. 3. 5. fr. 9. §. 6. 8. D. ibid.

ros de aquel, en tanto que se han hecho mas ricos (1): esta accion tiene por objeto la restitucion de la cosa con todo cuanto la pertenece (2); 3.° en fin, el perjudicado, podia tambien, segun las circunstancias, protejerse por medio de la accion *quod metus causa* contra cualquiera que como autor principal de la violencia le demandaba ó que reivindicaba de él la cosa que fue objeto de la fuerza (3).

§. 1049. B. *Por causa del dolo* (4).

Cuando alguno por causa de dolo cometió un acto que, no obstante este, era válido por derecho civil el pretor no le concedia la accion restitutoria como en el caso de la violencia y del miedo (*vis et metus*), esto es, no le restituia en la accion primitiva, y por consecuencia el engañado no podia demandar la restitucion sino por medio de la *excepcion ó réplica, doli* (5) que se le daba contra aquel que empleó el dolo, y contra el tercero que adquirió la cosa, objeto del dolo, si la adquirió por título lucrativo, ó si aun cuando por título oneroso tuvo parte en la mala fé (6). Pero si el engañado no podia oponer la excepcion de dolo ni usar de otro cualquier medio de derecho, el pretor le concedia la accion de *dolo malo* contra el que le engañó y contra los herede-

(1) Fr. 16. §. 2. D. ibid. Cf. C. un, C. IV, 17. Tambien compete á aquel á quien interesa. fr. 14. 8. D. ibid.-Cf. fr. 7. §. 1. D. XLIV, 1.

(2) Fr. 12. D. IV, 2.

(3) §. 1. J, IV, 13.-fr. 9. §. 3. D. IV. 2.-C. 5. C. VIII, 39.-C. 5.

(4) D. IV. 3, XLIV. 4. C. II 21.

(5) F. 1. p. §. 1.; fr. 2. pr.-D. XLIV. 4.

(6) Fr. 4. §. 27.-32. D. ibid.

ros de éste que se enriquecieron por el dolo (1). Esta accion tenia por objeto la restitucion de la cosa con todas sus accesiones, y si no podia tener lugar la restitucion, dar al perjudicado una indemnizacion que él mismo graduaba, pero que el juez podia moderar. La accion de *dolo malo* como *actio famosa* estaba sujeta á muchas restricciones (2), y para el caso que esta no se concedia y no habia ningun otro medio, se le daba una accion *infactum* (3).

§. 1050. C. *Por causa de menor edad* (4) 1. *Principio general.*

Cuando un menor, que es aquel que aun no ha cumplido veinte y cinco años (5), ha sentido perjuicio, celebrando un acto válido segun el derecho extricto, ú omitiendo una accion, puede siempre pedir la restitucion por la sola causa de que al tiempo en que hizo ú omitió el acto era menor (6). En esto es en lo que consiste el beneficio de la l ey en favor de la menor edad, ó los *jura minorum.*

(1) Fr. 1. pr. §. 1; fr. 17. §. 1.; fr. 26. D. IV. 3. §. 1. 7. IV 12. Mas no podia intentarse contra el tercer poseedor. C. 10. C IV. 44.

(2) Fr. 18, pr. D. IV. 3.-fr. 2.; fr. 5. §. 3. D. XII. 3.

(3) Tanto respecto del *tiempo*, dentro del cual podia intentarse (C. 8. C. II. 21.) como de la persona á que debia dirigirse fr. 11. §. 1. D. IV. 3.-C. 5. C. II. 21. y á la extension del perjuicio que daba causa á ella fr. 9. §. 5. fr. 10. D. IV. 3.

(4) Fr. 11. in fine; fr. 12; fr. 28; fr. 29. ib.

(5) Gaj. IV, 57. in fine.-Paul. I, 9.-C. Theod. II, 16. D. IV, 4.-C. II, 22.-25.

(6) Fr. 1. pr. §. 1, 2. D. IV, 4.-C. 5. pr. C. II, 22.-C. 2. C. II, 25.-C. 11. C. V, 71.

§. 1051. 2. *Por quien, y contra quien puede intentarse esta restitucion.*

La restitucion por causa de la menor edad pertenece: 1.° en general á todos los menores por todos los actos ú omisiones en que han sido perjudicados (1). Sin embargo, esta regla sufre las excepciones siguientes; cuando con mala intencion el menor afirma que es mayor (2); cuando el príncipe le declara mayor (3); cuando ha sido perjudicado por un acto para el que estaba públicamente autorizado; cuando despues de haber cumplido la mayor edad ratifica el acto expresa, ó tácitamente (4); ó cuando siendo púber le confirma con juramento (5); cuando el acto no ha sido hecho por el mismo menor, sino es por su antecesor, mayor (6); cuando el menor dió alguna cosa por conveniencia propia (7); cuando él ó su tutor reciben pagos en virtud de un decreto de *solvendo* (8); finalmente no se concede la restitucion contra los desposorios, ni contra un delito (9): 2.° la restitucion por causa de la menor edad aprovecha tambien á los herederos y cesionarios del menor, aunque sean mayores (10), pero no al fiador que ha pagado á sabiendas por el menor (1); tampoco pertenece á los terceros, sino es cuando sus intereses no pueden separarse de los del menor (2): 3.° la restitucion por causa de la menor edad solo puede pedirse contra aquel que celebró con el menor el acto que le ha perjudicado (3), y contra sus herederos (4), pero generalmente no se da contra el tercer poseedor (5), ni contra el padre y la madre que contrajeron con el menor (6).

(1) Fr. 3. §. 4, D. IV, 4. Gaj. IV, 57,
(2) C. 1.-3. C. II, 43.
(3) C. 1. C. II, 45.
(4) C. 1, 2. C. II, 46,
(5) Auth. *Sacramenta puberum*, C. II, 48.
(6) Fr. 38. D. IV, 4.-C. 2. C. II, 29.
(7) Fr. 9. §. 1. D. ib. C. 1. C. II, 30.
(8) C. 25. C. V, 37.
(9) Fr. 9. §. 2. D. IV, 4.
(10) Fr. 18. §. 5. D. ib.-fr. 24. D. ib.

§. 1052. 3. *De sus efectos, y de su duracion.*

La restitucion por causa de la menor edad tiene por efecto reponer todas las cosas á su ser y estado primitivo (7). El menor repite cuanto ha perdido, y á él solo puede reclamársele, en cuanto se haya hecho mas rico, hasta el momento de la litis contestacion (8). El menor que ha cumplido la mayor edad tiene aun durante cuatro años, el derecho de pedir la restitucion *in integrum* (9), cuyo tiempo se lla-

(1) Fr. 13. pr. D. ib.-fr. 7. §. 1. D. XLIV, 1.-C. 1, 2. C. II, 24.
(2) Arg. fr. 10. pr. D. VIII, 6.-fr. 72. pr. D. XLV, 1.-fr. 23, 24. D. XIV, 6.
(3) Aun cuando invoque el Senado Consulto Veleyano, fr. 3. §. 2. D. XIV, 6.-fr. 11. §. 7; fr. 12. D. IV, 4. El menor tiene tambien restitucion contra el Estado, fr. 8. D. IV, 1.-Si contra quien se intenta es tambien menor, solo se le concede por lo que éste se haya hecho mas rico, fr. 34. pr. D. IV, 4.-fr. 11. §. 6. D. ib.
(4) C. 6, 7. C. II, 22.
(5) Las excepciones véanse fr. 13. §. 1. fr. 14; fr. 9. pr. fr. 39. §. 1. D. IV, 4.
(6) Fr. 24. §. 4. D. ib. C. 2. C. II, 42.
(7) Véase §. 1045.
(8) Fr. 27. §. 1. fr. 47. §. 1. D. ib.
(9) C. 2. §. 2,-4. Cod. Theod. II, 16.-C. 7. C. II, 53.

ma el *cuadrienio legal.* Si el que tiene derecho de usar del beneficio de la restitucion por causa de menor edad, muere antes de concluir el término sin haberlo ejercitado, se aprovechan sus herederos del que falta, y este término comienza á correr para el heredero mayor desde el momento de la adicion de la herencia, y para el menor desde que cumple la mayor edad (1).

§. 1053. 4. *De su extension á otras personas.*

Este beneficio que la ley concede á los menores (ó los *jura minorum*), se ha hecho extensivo á otras personas.

1. El derecho romano le concedió á los municipios (2), y hoy generalmente se concede á todas las corporaciones, cuyos intereses están administrados por empleados públicos, y principalmente al fisco.

2. Segun el derecho canónico se concede tambien este beneficio á las iglesias y establecimientos piadosos (3).

§. 1054. D. *Por causa de ausencia* (4).

Tambien pueden pedir la restitucion por causa de ausencia los mayores, pero solamente por las *omisiones* que les han perjudicado y que han tenido lugar durante ella; pero de

(1) Fr. 18. §. 5. fr. 19. D. ib. C. 2. §. 2,-4. Cod. Theod. II, 16.-C. 5, 7. C. II, 53.

(2) Fr. 78. §. 1. D. XXXI,-C. 3. C. XI, 29.-C. 1. C. I, 50. C. 4. C. II, 54.

(3) Tit. 10, 1, 47.-tit. 1, 21. in VI. El término de los cuatro años comienza á correr desde el dia en que se ha recibido el perjuicio. Clement. un. *de rest. in integ.* (I, 11).

(4) D. IV, 6. C. V, 51. 52, 54.-§. 5. J. IV, 6.

ninguna manera contra los actos jurídicos en que han intervenido, bien por sí mismos, bien por sus procuradores (1). Se entiende aqui por ausencia, no solo la separacion de un lugar determinado, sino tambien en general cualquier impedimento de hecho, que se opone á que uno ejerza su derecho, por ejemplo la esclavitud.

1. (*a*) Cuando alguno durante su ausencia ha sido perjudicado por no haber podido ejercitar sus derechos, debe distinguirse si la ausencia es *necesaria* ó *voluntaria*: si es necesaria, se le concede siempre la restitucion sino ha dejado apoderado, y aunque lo haya dejado, sino ha obtenido de él la reparacion (2). Se exceptua de esta regla el caso en que su ausencia haya sido ocasionada por un motivo vergonzoso, porque entonces solo se le concede la restitucion, cuando no le fué posible dejar un apoderado (3). Si la ausencia es voluntaria, no ha lugar á la restitucion, cuando ha sido producida por motivos deshonrosos (4), mas no existiendo estos se le concede, siempre que no haya sido indemnizado por su apoderado, ó que no haya dejado este representante suyo, porque no le haya sido posible hacerlo (5). (*b*) Cuando alguno teme ser perjudicado por la ausencia de su adversario, puede evitar este perjuicio protestando ante el juez, ó ante escribano público, ó ante tres testigos (6); pero sino protesta, solo se le concede la restitucion en el caso en que no haya dejado su adversario nombrado apoderado (7).

(1) Fr. 7. D. IV, 1.-fr. 16; fr. 27; fr. 41. D. IV, 6.
(2) Fr. 26. §. 9. fr. 29. fr. 39. D. ib.
(3) Fr. 26. §. 1. fr. 40. §. 1. D. ib.
(4) Fr. 14. D. ibid.
(5) Fr. 28. pr. fr. 16. D. ib.
(6) C. 2. C. VII, 40.
(7) Fr. 1. fr. 21. pr. §. 2, 3. fr. 22. fr. 39. D. ib.

2. Cuando alguno tiene derecho á pedir la restitucion, puede hacer valer sus pretensiones de diferentes maneras segun sean las circunstancias. (*a*) Si ha perdido al ausentarse un derecho ya adquirido, el pretor le concedia la accion primitiva que nacia de aquel derecho (*actio restitutoria, sive rescissoria* (1). (*b*) Si por su ausencia ha dejado de adquirir un derecho, el pretor le concedia, como accion útil, la accion que tendria en el caso de haberle adquirido realmente (*actio institutoria*) (2), (*c*) en fin, si puede hacer valer su derecho por via de excepcion, tiene la *actio rescissoria*, contra su adversario el demandante (3). El término de los cuatro años, dentro de los que debe pedirse la restitucion, comienza á correr desde el dia de la vuelta, ó desde el en que cesó el impedimento (4).

§. 1055. E. *Por causa de error.*

El que por error de un hecho que no puede imputársele ha sentido algun perjuicio, puede sino tiene otro medio legítimo para reclamar contra él, pedir que se restituyan las cosas al ser y estado primitivos (5). Sin embargo, esta especie de restitucion, á lo que parece, no tenia lugar en un principio sino respecto al procedimiento, cuando el perjuicio provenia de no haberse escrupulosamente observado las formas rigurosas del antiguo procedimiento (6). Por derecho nuevo solo puede intentarse como restitucion *ex clausula generali prætoris*, en el caso en que el error no perjudique de modo alguno al que ha incurrido en él (1).

(1) Fr. 28. §. 5. D. IV, 6.-§. 5. J. IV, 6.
(2) Fr. 17, 41, 43. D. ib.-Arg. fr. 8. §. 14. D. XVI, 1.
(3) Fr. 28. §. 5. D. IV, 6.
(4) C. 7. §. 1. C. II, 53.
(5) Fr. 2. D. IV. 1.
(6) Por ej. §. 33. J. IV, 6.-fr. 1. §. 17. D. XLII, 6.-fr. 1. §. 5, 6. D. XXVII, 6.

§. 1056. F. *Por la capitis diminucion* (2).

La capitis diminucion extingue en aquel que la sufre, todas las relaciones de derecho que existian, ya en su favor, ya en contra suya, y de consiguiente tambien las obligaciones de derecho estricto (3). Mas en el caso de la capitis diminucion mínima concedia el pretor á los acreedores de aquel que la habia sufrido su primitiva accion (4), mientras aquel no era capaz para pedir restitucion sobre sus créditos extinguidos; lo mismo sucedia respecto al acreedor que arrogaba á su deudor (5).

§. 1057. G. *Por la enagenacion hecha* judicii mutandi causa (6).

Se entiende por *alienatio judicii mutandi causa facta*, cualquiera enagenacion entre vivos (7), hecha con el fin de perjudicar á otro (8), dándole un adversario poderoso y temible, que haga mas difícil ó enteramente inútil el ejercicio de sus derechos (9).

(1) Por ej. fr. 7. pr. D. IV, 1.
(2) D. IV, 5.
(3) Gaj. III, 83.-fr. 8. D. ib.-§. 1. J. III, 10. (11).
(4) Fr. 2. pr. §. 1, 2. D. ib.-Gaj. IV, 28.
(5) Fr. 2. §. 4. D. ib.
(6) D. IV, 7.-Cod. XXII, 5.
(7) Fr. 8. §. 3. D. ib.
(8) Fr. 3. §. 5. fr. 4. §. 1, 3, 5. D. ib.
(9) Fr. 1. pr. D. ib.

1. Cuando la enagenacion se ha hecho de manera que no puede ya rescindirse (1), y con el fin de eludir la accion que presumia el poseedor iba á intentarse contra la cosa enagenada, aquel á quien perjudica la enagenacion tiene una accion *in factum*, para reclamar daños y perjuicios contra el que la enagenó (2).

2. Cuando por el contrario la enagenacion consiste en la cesion de una accion, hecha con el fin de oponer á aquel contra quien compete, un adversario mas temible, el perjudicado no está obligado á responder al cesionario, oponiéndole simplemente la excepcion de que se ha enagenado la cosa ó el derecho *judicii mutandi causa*. El cedente, por el derecho antiguo conservaba su accion (3), mas por derecho nuevo, no se le concede ninguna; cuando ha hecho cesion con fin reprobado en favor de una persona poderosa (*cessio in potentiorem*) (4).

§. 1058. II. *Restitucion* ex clausula generali prætoris.

Ademas de las causas especiales y determinadas de restitucion de que acabamos de hablar (5), prometia el pretor en una cláusula general añadida al edicto sobre la ausencia, que concederia tambien la restitucion por otros motivos,

(1) Solo impropiamente puede decirse en este caso que hay restitucion, aunque la llamen así el fr. 3. §. 4. D. ib. y la C. ún. C. II, 55.

(2) Fr. 1, 2, 3, 4. D. ib.-fr. 4. §. 5, 6. fr. 5, 7. D. ib.

(3) Fr. 11. D. ib.

(4) C. 1, 2. C. II, 14.

(5) La enagenacion hecha en fraude de los acreedores, y la accion Pauliana corresponde á esta clase, y de ellas trataremos mas adelante.

cuando así lo exigiese la equidad (1): Esta especie de restitucion (*restitutio ex clausula generali prætoris*) puede pues, reclamarse siempre que uno se ve imposibilitado sin culpa suya de egercitar su derecho por algun acontecimiento exterior, ó por el hecho de un tercero (2), y á imitacion de la de ausencia, solo se concede por las *omisiones* irreprensibles y los perjuicios que son consecuencia de ellas.

A esta especie de restitucion corresponden los casos siguientes: 1.° cuando por enfermedad ú otro caso fortuito inevitable, deja uno de evacuar un procedimiento, cuya omision le perjudica: 2.° cuando el juez por un hecho propio, impide á alguno el que haga valer en tiempo su derecho (3): 3.° cuando alguno ha sentido un perjuicio á consecuencia de una falta escusable (4).

(1) Fr. 1. §. 1. in fine. D. IV, 6. Item, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam.-fr. 26. §. 9. ib.

(2) Por ej. fr. 1. §. 9. D. XLIII, 19-fr. 34. §. 1. fr. 35. D. VIII, 3.-fr. 26. §. 7. D. IV, 6.

(3) Fr. 1. §. 1. fr. 26. §. 7. D. IV, 6.

(4) Fr. 2. fr. 7. pr. D. IV, 1.

LIBRO SESTO.

DEL CONCURSO DE ACREEDORES (1).

CAPITULO PRIMERO.

NOCIONES PRELIMINARES.

§. 1059. I. *Nocion del concurso de acreedores.*

Sucede con frecuencia que muchos acreedores tienen al mismo tiempo espedito su derecho para reclamar sus créditos del deudor comun, mas esto no es bastante para que haya verdadero concurso, porque si los bienes del deudor comun son suficientes para pagar todos los créditos, cada uno de estos es considerado como un expediente aparte y enteramente independiente de los otros. El concurso no existe realmente sino cuando muchos acreedores exigen al mismo tiempo el pago de sus créditos, y no son suficientes para satisfacerlos cumplidamente los bienes del comun deudor. Segun los principios generales del derecho cada acreedor deberia en este caso perder una parte de su crédito, repartiéndose entre ellos á *prorata* los bienes del deudor. El derecho po-

(1) D. XLII, 3.-8.-C. VIII, 71.-75.

sitivo, sin embargo, se separa de esta regla general, y reconoce la preferencia de ciertos créditos, dando lugar con esto á que los acreedores disputen sobre la preferencia de los suyos. En estos casos el juez quita al deudor en favor de los acreedores la disposicion de sus bienes, abriendo un juicio en el que cada acreedor hace valer su derecho contra el deudor y la preferencia de su crédito sobre los otros.

§. 1060. II. *Del juicio de concurso segun las doce tablas.*

En tiempo de las doce tablas cuando alguno tomaba dinero á préstamo ó queria extinguir un préstamo ya existente se mancipaba á su acreedor con su familia y sus bienes, y venia por este hecho á ser *nexus* ó *nexu vinctus*. Esta mancipacion se hacia siempre *sub fiducia*, es decir, que volveria á ser *nexu solutus* si él ú otro por él pagaba lo que debia. Si dentro del término convenido no pagaba, el acreedor se apropiaba al deudor con todos sus bienes como consecuencia del derecho que habia adquirido por la mancipacion, y en este sentido se le hacia la adjudicacion. Por otra parte, cuando alguno contraia alguna deuda sin entregarse al acreedor se le demandaba con arreglo á las formas ordinarias, en cuyo caso tenia treinta dias de término para pagar, los cuales comenzaban á correr desde que confesó la deuda judicialmente ó se le condenó al pago (*in jure confessus*, *judicatus*): si no pagaba, se le adjudicaba al acreedor (*addictus*, en el sentido extricto, y en opinion á aquel que era adjudicado á su acreedor á virtud de un precedente, *nexus*), quien en este caso solo se apropiaba la persona del deudor no sus bienes. El deudor adjudicado (*addictus*) á su acreedor, bien de una manera bien de otra podia ser tratado con rigor, atándole fuertemente y poniéndole en

prision. Desde el momento de la adjudicacion gozaba todavia el deudor de un plazo de 60 dias para pagar la deuda, durante el cual se pregonaba esta *tribus mundinis*, y si aun asi no pagaba sufria la *capitis pœna*, es decir, perdia toda su capacidad civil, y el acreedor adquiria el derecho de matarle y el de venderle como esclavo en pais extrangero (*trans Tiberim*). En el caso en que se hubiese adjudicado á muchos acreedores, la ley de las doce tablas ordenaba; *tertii nundinis partes secanto si plus minusve secuerunt, se* (*i ne fraude esto*).

§. 1061. III, Segun la ley *Petillia Papiria* y la ley *Julia de cessione bonorum.*

La ley *Petillia Papiria* (a. v. 428) abolió el *nexus* respecto á las deudas que proviniesen de un préstamo en dinero, de modo alguno en los demas casos, especialmente respecto á las deudas que provenian de un delito. Quedó en vigor la mancipacion de los bienes del deudor para seguridad del crédito, lo mismo que la adjudicacion de aquel y los efectos que llevaba consigo. Bajo Julio Cesar, ó bajo Augusto se introdujo en favor de los deudores indigentes el beneficio de la cesion de los bienes (*beneficium cessionis bonorum*) por el cual quedaba libre de prision el deudor que cedia voluntariamente á sus acreedores todos sus bienes. Ademas los acreedores podian tambien en ciertos casos pedir se les pusiese en posesion de los bienes del deudor (*missio in bona debitoris*).

§. 1062. IV. *Bajo los emperadores.*

En tiempo de los emperadores el procedimiento romano

en materia de concurso se encontraba en el estado siguiente (1): Cuando un deudor se ocultaba *fraudationis causa*, cuando estaba ausente y no habia dejado representante suyo (*defensor*), cuando hacia cesion de sus bienes conforme á la ley *Julia*, cuando habia sido condenado al pago en virtud de sentencia que habia adquirido fuerza de cosa juzgada y no pagaba dentro del término concedido, ó cuando no se presentaba ningun heredero á recojer los bienes del deudor difunto, el acreedor ó acreedores podian pedir al pretor les diese la posesion de los bienes del deudor, y les autorizase para venderlos y con el precio hacerse el pago (2). Entonces se ponian en pública subasta los bienes del deudor (*proscriptio bonorum*) por espacio de 30 dias si vivia el deudor, y de 15 si habia muerto, estando obligados cuando eran muchos los acreedores á elegir un *magister bonorum vendendorum*, encargado de proteger sus intereses al tiempo de la venta, y cuidando de que se adjudicaran al mejor postor (*addictio bonorum*) (3). 2. En un principio se vendian los bienes en masa (*per universitatem*), es decir, que todo el haber, (tanto el activo como el pasivo) se adjudicaban á aquel que ofrecia mas por ciento (4). Esta venta de los bienes del deudor (*venditio bonorum debitoris obœrati*) la confunden muchos autores con la (*sectio bonorum*) mencionada muchas veces en las fuentes del derecho; pero esta no es otra cosa que la venta de los bienes confiscados por el Estado (5). El comprador de los bienes venia á ser por aquel hecho sucesor

(1) Gaj. III, 78.-C. 1, 4. C. VII, 71.
(2) Si un acreedor hacia esta peticion aprovechaba á todos los otros, fr. 12 pr, D. XLII, 4.-C. 10. C. VII, 72.
(3) Gaj. III, 77-79.-D. XLII, 4, 5. C. VIII. 72.
(4) Gaj. IV, 35. Theof. ad J. III, 13.
(5) Gaj. IV, 146.-Varron *De R. R.* II, 10.-Asconius, *ad Cic. Verr.* I, 20, 33.

universal del deudor, adquiria sus derechos y sus obligaciones y debia responder de las deudas hasta la concurrencia del precio porque se le habian adjudicado los bienes. La subrogacion en el lugar del antiguo deudor tenia por efecto el dejar á este completamente libre de toda responsabilidad respecto á sus deudas. 3 Esta venta cayó luego en desuso (1), permitiéndose á los acreedores proceder separadamente á la venta de los bienes del deudor, despues de haber tomado la posesion de ellos; para lo cual nombraban un curador de los bienes (*curator bonorum*), el cual los administraba y los enagenaba en provecho de los acreedores, á quienes debia hacer pago con el producto de la venta. Estas nuevas disposiciones hicieron tambien caer en desuso la antigua *successio per universitatem in bona debitoris*, siendo una consecuencia de todo esto que el deudor quedaba responsable de las antiguas deudas que no se pagasen, puesto que ninguno se ponia en su lugar. En efecto, tan luego como adquiria nuevos bienes podia ser demandado por los acreedores á quienes no se habia pagado íntegramente, y hasta entonces no podia darse contra él ningun auto de prision. 4 Pero era fácil al deudor evitar en parte estas consecuencias perjudiciales de su insolvencia, previniendo la toma de posesion de sus bienes por sus acreedores, y haciendo uso del beneficio de la cesion de ella (*ex lege Julia*). Cierto es que con esto no eludia la responsabilidad que aun pesaba sobre él para responder á los acreedores que con la cesion no habian sido pagados íntegramente, sin embargo adquiria una doble ventaja. En primer lugar se ponia al abrigo de todo procedimiento contra su persona, y en segundo

(1) Pr. J. III, 13, Theof. *ad* h. l.

no podia ser demandado inmediatamente por los acreedores que habian ya reclamado y no habian sido satisfechos íntegramente, sino es cuando el deudor hubiese adquirido nuevos bienes, en cuyo caso gozaba este del (*beneficium competentiæ*) (1).

Mientras estuvo en uso la venta (*per universitatem*) no podia haber cuestion sobre la preferencia de los créditos, porque la venta extinguia las antiguas deudas lo mismo que los derechos de prenda y de hipoteca y los privilegios; el comprador de los bienes que ocupaba el puesto y lugar del antiguo deudor solo estaba obligado á satisfacer el tanto por ciento que habia prometido. Luego que esta venta fue abolida y reemplazada por las ventas aisladas, hechas por el curador de los bienes varió todo el sistema. El deudor primitivo era y quedaba siendo deudor, y por consecuencia se sostenian los antiguos créditos, los derechos de prenda y de hipoteca y los privilegios. En este tiempo solo los acreedores quirografarios podian ser puestos en la posesion de los bienes del deudor; los acreedores prendarios y los hipotecarios no tenian necesidad de ello, puesto que la naturaleza de su crédito le daba el derecho de vender la cosa ó los bienes dados en prenda ó hipoteca en el caso de insolvencia del deudor, y que podian perseguir por medio de la accion hipotecaria la prenda ó hipoteca que hubiese pasado á manos de un tercero. Por igual razon la cesion de bienes hecha por el deudor no podia serles perjudicial; asi es que puede considerárseles como unos acreedores aparte. Esta clase de acreedores se hacia pago antes que nadie con los bienes que formaban la prenda ó hipoteca, y lo que restaba despues de

(1) D. XLII, 3. C. VII, 71.

extinguido su crédito entraba en la masa comun, y podia por lo tanto ser objeto de la cesion y de la toma de posesion. Entre los acreedores no prendarios ni hipotecarios tenian preferencia aquellos cuyos créditos estaban garantidos por medio de un *privilegium exigendi*, y los bienes que restaban despues de hacerles pago se distribuian al tanto por ciento entre los demas acreedores (1).

§. 1063. V. *De los medios de impedir el concurso.*

Muchos medios hay de evitar que se realice un concurso apartando por consiguiente de este modo las consecuencias perjudiciales que traeria consigo respecto de la persona y de los bienes del deudor. Entre dichos medios se cuentan: 1. La intervencion de terceras personas que paguen ó salgan fiadores por el deudor; pero para esto último se exige generalmente el consentimiento de los acreedores (2). 2.° El sobreseimiento ó el *moratorium* (3), que es un privilegio concedido por el príncipe al deudor, por cuyo medio éste se pone á cubierto por espacio de cierto tiempo de toda ejecucion por deudas. Solo el príncipe está autorizado para concederle, no el juez. El deudor para obtenerle debe probar que ha dado en quiebra sin culpa, que tiene esperanzas fundadas de reparar sus pérdidas y que el sobreseimiento ó moratoria le preservará de una ruina completa. Ordinariamente esta moratoria se concedia por cinco años, razon por la cual se la llamaba *literæ s. induciæ quinquennales*. Por su medio el deudor se pone á cubierto de la ejecucion que contra él se intente; pero de ningun modo evita la introduccion de una accion á la cual, caso de intentarse, está obligado á responder quedando suspensa su ejecucion hasta que espira el término de la moratoria. 3. El plazo concedido por los mismos acreedores. Este plazo es *voluntario*, cuando en él consienten todos los acreedores, y *forzoso* cuando no se concede sino por la mayor parte de ellos. Esto último está fundado en una disposicion de Justiniano (1). Segun la constitucion de este emperador los acreedores son libres de aceptar inmediatamente la cesion de bienes, ó de conceder un plazo á su deudor, lo cual convenido por el mayor número obliga á los demas á adherirse al dictamen de la mayoría. Esta mayoría no se determina por el número de individuos sino por el valor de sus créditos, de suerte que cuando uno de los acreedores concurre por una cantidad mayor que todos los otros, su voto solo arrastra á todos los de los demas juntos.

(1) Fr. 32. D. XLII, 5. C. 6. C. VII, 72.
(2) Pr. J. III, 30.-fr. 23, 40. 53. D. XLVI, 3
(3) C. 4. C. I, 19.

Cuando las opiniones de los acreedores son diversas y las cantidades que tienen derecho á exigir iguales por una y otra parte, prevalece la opinion favorable á la concesion del plazo, *(humanior sententia)*. La cualidad de los acreedores importa poco; los chirographarios pueden hacerla valer respecto de los hipotecarios. Por otra parte este plazo necesario, presupone que el deudor no ha tenido la culpa de su insolvencia, y que lo ha probado; porque mientras pueda pagarse completamente á cada acreedor por medio de la enagenacion de los bienes del deudor, ninguno tiene derecho para conceder este plazo. Despues de abierto el concurso tampoco puede obligarse á la minoria de los acree-

(1) C. 8. C. VII. 71.

dores á que concedan el plazo. 4. La transacion, cuando los acreedores declaran que quieren perder una parte de su crédito, y se contentan con un tanto por ciento. La transacion es *voluntaria* como el plazo, cuando todos los acreedores consienten en ella, ó *forzosa* cuando se concede solo á pluralidad de votos. Pero esta última solo se admite en derecho romano cuando se pide por el heredero de una herencia insolvente antes de adirla. Solo en este caso puede obligarse á la minoria de acreedores á entrar en la transacion hecha por la mayoria (1).

CAPITULO II.

DE LA APERTURA DEL CONCURSO.

§. 1064. I. *De la causa de la apertura del concurso.*

La apertura ó celebracion de un concurso presupone la insolvencia del deudor y la demanda hecha en justicia por muchos de los acreedores. La causa de la celebracion del concurso puede consistir:

A. En la proposicion del mismo acreedor que quiere aprovecharse del beneficio de la cesion de bienes (2). Este beneficio consiste en ceder el deudor todos sus bienes á sus acreedores para que estos se reintegren con ellos de sus créditos en cuanto les sea posible. Está cesion no requiere la aceptaccion de los acreedores y puede invocarla aun aquel que nada tiene que ceder.

---

(1) Fr. 7. §. 17-19; fr. 8, 9, 10. D. II, 14.-fr. 58. §. 1. D. XVII, 1.
(2) D. XLII, 3.-C. VII, 71.

La Novela 135, c. 1, ordena ademas que cuando un deudor bajo de juramento afirma que no posee bienes algunos para pagar á sus acreedores, no se pueda celebrar ningun concurso contra él; á lo cual se llama hoy *beneficium ejurationis bonorum.* Todo acreedor, ya sea padre ó hijo de familias puede invocar el beneficio de la cesion de bienes, porque éste compete tambien al hijo de familias, respecto de sus peculios (1). Pero siempre se requiere que el deudor haya llegado al estado de insolvencia por alguna desgracia que le haya ocurrido y no por su culpa. El engañador, el insolvente de mala fé, y el disipador no pueden aprovecharse de este beneficio de la ley (2). Los efectos de la cesion de bienes son: 1.° que los bienes cedidos pertenecen á los acreedores, los cuales pueden venderlos para hacerse pago. Pero hasta el momento de la venta tiene derecho el deudor de proponer la cesion, pagando á los acreedores ó contestando á sus pretensiones (3): 2.° que el deudor que cede sus bienes conserva ileso su honor y se libra de la prision (4): 3.° que queda obligado á sus acreedores respecto de la parte á que no han alcanzado los bienes cedidos; pero no puede ser demandado por los que no han sido íntegramente pagados, sino cuando haya adquirido de nuevo alguna fortuna *(modicum quid)* y aun entonces dejando á salvo el *beneficium competentiæ* (5), que la ley le concede y que puede oponer respecto de los bienes nuevamente adquiridos, á todos los

---

(1) C. 7. C. VII, 71.
(2) Fr. 22. §. 1. fr. 51. D. XLII, 1. cf. fr. 63. §. 7. D. X. VII, 2. fr. 37. §. 1. D. IV, 4.
(3) Fr. 3. 5. D. XLII, 3.-C. 2, 4. C. VII. 71.
(4) C. 1. C. VII, 71.-C. 11. C. II, 12.
(5) §. 40. J. IV, 6. fr. 4, 6, 7. D. XLII, 3.

acreedores que tenian esta cualidad al tiempo de la cesion, siempre que no hubiera cedido sus bienes sino á algunos de ellos que le fuesen conocidos ó se hallasen presentes (1).

B. El concurso puede celebrarse á peticion de los acreedores cuando su número y créditos son tan considerables que se cree probable que los bienes del deudor sean insuficientes para satisfacerlos, y sin embargo se niega éste á hacer la cesion. En este caso el juez manda celebrar el concurso, cuyo efecto es poner á los acreedores en posesion de los bienes del deudor *(missio creditorum in bona debitoris)*.

C. Finalmente, el juez de oficio puede proveer la celebracion del concurso cuando existe una causa particular para ello, v. gr., si el deudor pide judicialmente la cesion de sus bienes, ó si se ha ausentado, o si en una herencia vacante se presentan tantos acreedores que se llega á conocer evidentemente su insuficiencia para pagarlos á todos.

§. 1065. II. *De la enagenacion hecha en fraude de los acreedores.*

Por derecho romano, el deudor, aunque materialmente insolvente, conservaba la facultad de disponer de sus bienes antes de la cesion, ó antes de la toma de posesion de los acreedores; y aun cuando los enagenase en perjuicio de estos últimos, sus enagenaciones eran válidas por derecho civil estricto, y no podian impugnarlas los acreedores. Sin embargo, el Pretor estableció el principio siguiente: cuando un acreedor ya insolvente, ó que llega á serlo por la enagenacion que se propone hacer, enagena sus bienes con la intencion fraudulenta de dañar á sus acreedores, éstos ó el administrador de los bienes en su nombre, pueden solicitar la rescision de esta enagenacion, y pedir los bienes enagenados, ó exigir del adquirente los daños y perjuicios (1). La accion que para este fin les compete, se llama *accion Pauliana* (*actio Pauliana*) del nombre del Pretor que la introdujo, y pertenece á las acciones restitutorias del derecho pretorio (2). Para intentarla, es preciso que hayan concurrido las condiciones siguientes: 1.ª la enagenacion debe haberse verificado antes de la cesion ó de la toma de posesion de los acreedores en los bienes del deudor, porque de otro modo es nula *ipso jure*: 2.ª la enagenacion debe ser de tal naturaleza, que disminuya los bienes que habia adquirido el deudor. Asi, cuando renuncia simplemente á una ganancia que hubiera podido hacer, no puede concedérsele esta accion (3): 3.ª debe haberse hecho con intencion fraudulenta de dañar á sus acreedores (*fraudationis causa*). Se suponen el fraude y dolo en el deudor, siempre que conociendo su insolvencia, hace á sabiendas una enagenacion, con el objeto de dañar á sus acreedores; sin embargo, para que la accion sea fundada, debe ser cómplice en el fraude (*conscientia fraudis*) el principal de aquel con quien contrató el deudor, si la enagenacion es *onerosa*; mas por el contrario, si es *lucrativa*, v. gr., una donacion pura, es necesaria la complicidad frau-

(1) Fr. 4. §. 1. ibid.

(1) D. XLII, 8.-§. 6. J. IV, 6. C. VII, 75.

(2) Solo se refiere esta accion una vez con dicho nombre en el fr. 38. §. 4. D. XXII, 1, y en Theoph. Ad. §. 6. J. IV, 6. En otros parages se la llama simplemente *actio in factum*. D. XLII, 8.

(3) Fr. 6. pr. §. 1.-5. D. XLII.-8.-C. 2, 3. C. VII, 75.-Arg. fr. 28. pr. D. L, 16. El fisco solo puede intentarla en este caso en su provecho: fr. 45. pr. D. XIX, 14.

dulenta del mismo adquirente (1). No tiene lugar la accion Pauliana, cuando la enagenacion consiste en el pago que el deudor, aunque ya insolvente, hace antes de abrirse el concurso á uno de sus acreedores, por la deuda que podia éste reclamar de él (2), aunque hubiese otros acreedores mas privilegiados que éste. Pero sí puede intentarse cuando el deudor paga con intencion fraudulenta, y antes que á los otros acreedores, una deuda no liquidada, ó no vencida, ó condicional sin haberse cumplido la condicion, y tambien cuando con intencion de engañarlos, concede á uno de los acreedores que sabe el fraude, un derecho de prenda ó de hipoteca (3).

§. 1066. III. *Actio Pauliana, et interdictum fraudatorium.*

En todos los casos en que la accion Pauliana tiene lugar á causa de una enagenacion hecha en fraude de los acreedores, puede intentarse por aquellos á quienes este acto ha perjudicado, asi como por el curador de los bienes en su nombre (4), pero no por el mismo deudor (5). Generalmen-

(1) Fr. 1. pr. §. 2: fr. 6. §. 8, 11: fr. 17. §. 1, D. XLII, 8.-C. 5. C. VII, 75.

(2) Fr. 6. §. 6, 7: fr. 10. §. 16: fr. 24. D. XLII, 8.-fr. 15. D. XV, 1. Este principio no se estiende á la *datio in solutum*, que no es en realidad otra cosa que una enagenacion hecha para satisfacer al acreedor, y fundada en un acuerdo particular. fr. 4. §. 31. D. XLIV. 1.-fr. 24. pr. D. XIII, 7.-C. 4. C. VIII, 45.-C. 9. C. IV, 44, y fr. 2. §. 1. D. XII, 1.-C. 16. C. VIII, 43.

(3) Fr. 6. §. 6. fr. 22. D. XLII, 8.

(4) Fr. 1. pr. D. XLII, 8.

(5) Segun la regla general establecida en el fr. 17. D. XXI, 2.-C. 11, C. VIII, 45.

te no puede intentarse sino contra la persona con quien contrató el deudor, sin distinguir si estaba de buena ó mala fé, cuando la enagenacion fue una donacion pura; pero si la enagenacion fue onerosa, solo tiene lugar cuando el adquirente estuviese de mala fé (1). Tampoco puede dirigirse contra el tercer poseedor de la cosa enagenada, sino en el caso en que estuviese de mala fé al adquirirla (2). La accion Pauliana tiene por objeto anular el acto, y hacer restituir la cosa con todas sus accesiones. El demandado de mala fé está obligado á restituir tambien todos los frutos, aun aquellos que hubiera podido percibir; mas si no pudiese restituir la cosa y los frutos, debe prestar *omne quod interest* (3). El demandado de buena fé debe igualmente restituir la cosa, si la posee, con los frutos que estaban pendientes, cuando la adquirió, y los que adquirió posteriormente á la introduccion de la accion; pero en otro caso no está obligado sino en cuanto se hizo mas rico (4). La duracion de esta accion por derecho romano, es de un año útil (5), pasado el cual no puede intentarse contra el adquirente, sino en cuanto se enriqueció por el dolo del deudor (6). En todos los casos en que los acreedores tienen derecho para interponer la accion Pauliana, tienen tambien el *interdictum fraudatorium*, cuyo objeto es adquirir la po-

(1) Fr. 1. pr. §. 2: fr. 6. §. 8, 11: fr. 17. §. 1. D. XLII, 8.-C. 5. C. VII, 75.

(2) Fr. 9. D. XLII, 8. El fisco solo puede intentarla contra el tercer poseedor de buena fé, sin distinguir si ha adquirido la cosa por título lucrativo ú oneroso: fr. 45. pr. D. XLIX, 14.

(3) Fr. 10. §. 19.-22. D. XLII, 8.

(4) Fr. 6. §. 11. fr. 25. §. 4. D. ibid.

(5) Fr. 1. pr. fr. 6. §. 14. D. ibid.

(6) Fr. 10. §. 24. D. ibid.

sesion de la cosa enagenada: este interdicto compete á los acreedores, contra el que ha recibido la cosa del deudor (1).

CAPITULO III.

DE LOS EFECTOS DE LA CELEBRACION DEL CONCURSO.



§. 1067. I. *En cuanto al deudor.*

La celebracion del concurso priva al deudor de la facultad de disponer libremente de sus bienes, de suerte que toda enagenacion hecha desde este momento es nula, y puede impugnarse de nulidad por los acreedores, ó por el curador de los bienes, contra el adquirente de las cosas enagenadas, y aun contra un tercer poseedor de buena fé (2). Esta accion que participa completamente de la naturaleza de *la reivindicatio* y de la *condictio sine causa*, es mucho mas ventajosa para los acreedores que la accion Pauliana; porque, 1.° importa poco que el deudor haya tenido la intencion de defraudar á los acreedores: 2.° ni tampoco es necesario que el primero ó segundo adquirente hayan estado de mala fé: 3.° su duracion es de treinta años, á contar desde el momento de la enagenacion; pero asi como la accion Pauliana no se concede contra el provecho ó utilidad

(1) Fr. 67. §. 1. D. XXXVI. 1.-fr. 96. pr. D. XLVI, 3.

(2) El pago hecho por el deudor á un acreedor es igualmente nulo, y éste debe devolver todo lo que recibió: fr. 5. §. 7. D. XLII, 8.

que ha rehusado el deudor, pues que ésta no puede considerarse en general como una enagenacion (1).

§. 1068. II. *En cuanto á los acreedores.*

La celebracion del concurso hace que pasen á manos de los acreedores todos los bienes presentes y activos, si el deudor gozaba de la libre facultad de disponer de ellos, con el objeto de enagenarlos, y pagar á los acreedores con la autorizacion judicial, segun las disposiciones de la ley. De aqui se sigue: 1.° que los acreedores que entran en posesion de los bienes del deudor, no pueden considerarse como sucesores universales, sino particulares, puesto que solo suceden en todo el activo de aquel, no en sus deudas: 2.° que adquieren al suceder en los derechos activos del deudor el derecho de recobrar, ya valiéndose de la accion real, ya de la personal todas las cosas que pertenecian al mismo, y se hallan en poder de otro, y en especial los créditos que tenia á su favor: 3.° que los derechos activos del deudor pasan á los acreedores, tales como él mismo los tenia, y por consiguiente los acreedores no pueden tener sobre el tercero mas derechos que los que aquel tenia. Resulta de aqui: (a) que el que antes de la celebracion del concurso gozaba ya de un derecho de retencion sobre la cosa del deudor, puede hacerle valer contra los acreedores, despues de comenzado dicho concurso, hasta conseguir que éstos le paguen (2), á no ser que tengan los acreedores el derecho de exigir de éste la

(1) Fr. 28. pr. D. L, 16.

(2) Fr. 13. §. 8. D. XIX, 1.-fr. 22. D. XVIII, 4.

cosa por medio de la accion hipotecaria; pero aun en este caso estan obligados á abonarle las impensas necesarias y útiles que haya hecho en la cosa (1): (b) que el acreedor prendario que en efecto está obligado á denunciar su crédito al tiempo del concurso, no lo está, sin embargo á unir á la masa de bienes la cosa, objeto de su prenda, en cuya posesion se halla, cuando no se le paga inmediatamente (2), á menos que no gocen otros acreedores en la misma cosa de un derecho de prenda ó de hipoteca preferente al suyo: v. gr., si uno ó muchos de los demas acreedores tienen una hipoteca mas antigua y privilegiada en la totalidad de bienes del deudor (3); (c) que el deudor del deudor comun que *antes* de la celebracion del concurso podia oponer una compensacion, puede igualmente hacer valer su derecho contra los acreedores, *despues* de comenzado el concurso.

Los bienes del deudor pasan despues de comenzado el concurso á poder de la totalidad de acreedores, y forman para todos un objeto comun del que deben ser pagados. Bajo este aspecto existe entre los acreedores una comunion fortuita (*communio incidens*). Síguese de aqui: 1.° que deliberan en comun, y toman las resoluciones convenientes sobre las medidas que deben adoptarse respecto de los bienes: sin embargo, la mayoría de votos basta para tomar cualquiera resolucion, la cual en este caso debe confirmarse judicialmente (4): 2.° que desde este momento ningun acreedor

(1) Fr. 29. §. 2. D. XX, 1.-fr. 44. §. 1. D. XXXIX, 2.
(2) Fr. 6. pr. D. XIII, 7.-fr. 15. §. 5. D. XLII, 1, y arg. C. 15. C. III, 32.
(3) Fr. 15. §. 1. D. XX, 1.-fr. 12. pr. §. 10. D. XX, 4.-C. 6. C. VIII, 18.-C. 9. C. VIII, 17.
(4) Fr. 8. §. 4. fr. 15. pr. D. XLII, 5.-fr. 2. pr. D. XLII, 7.-fr. 7. §. 19. fr. 8: fr. 9. pr. D. II. 14.

puede hacer que se le pague á él solo de los bienes del deudor, sino que cada uno debe esperar á que se le pague por el concurso.

Cada acreedor debe, pues, devolver á la masa comun lo que hubiese recibido de los bienes del deudor, desde que se comenzó el concurso (1).

CAPITULO IV.

DE LA MASA.

§. 1069. *De la administracion de la masa.*

Desde que se comienza el concurso, todos los bienes presentes y activos del deudor deben reunirse bajo el cuidado y vigilancia del juez, para formar y fijar la masa de bienes, la cual se pone en administracion.

1.° La masa comprende todo lo que formaba los bienes disponibles del deudor, al tiempo de principiarse el concurso, y que puede contribuir al pago de los acreedores: ademas, todas las rentas de los bienes del deudor, y finalmente todo lo que adquiere éste mientras el concurso dura. Sin embargo, el deudor que ha hecho uso de la cesion de bienes, se utiliza del *beneficium competentiæ*, en cuanto á los bienes nuevamente adquiridos despues de principiado el concurso, y aun durante él.

2.° Se excluyen de la masa; (*a*) todas las herencias, legados y donaciones deferidas al deudor antes ó despues de

(1) Fr. 6. §. 6, 7. fr. 10. §. 16. D. XLII, 8.

abierto el concurso, pero que aun no ha adquirido (1): (b) los vestidos de uso diario del deudor y su familia, asi como los muebles necesarios de su casa (2): (c) los premios ó distinciones de honor concedidas al deudor (3); (d) la dote de su muger, porque ésta tiene el derecho de repetirla, aun durante el matrimonio, cuando el marido cae en quiebra, y de reivindicar los bienes dotales que todavia existan (4): (e) todas las cosas que no pertenecen al deudor, aunque las posea, v. gr., las que tiene en su casa prestadas ó depositadas, y especialmente los peculios de los hijos, si les pertenece su propiedad; porque el peculio profecticio del hijo, como propiedad del padre, pertenece á la masa de bienes.

Esta masa de bienes se administra por un curador particular que desempeña sus funciones bajo la vigilancia del juez, (se llama *curador de los bienes*) (5), del modo siguiente: 1.° es nombrado por los acreedores á pluralidad de votos, y confirmado por el juez: si los acreedores no se ponen de acuerdo sobre su nombramiento, el juez le hace directamente (6): 2.° cualquiera que pueda en general ser curador, y tenga bastante conocimiento del negocio, es capaz de ser nombrado curador de la masa, pues no requiere conocimiento alguno del derecho. Cualquiera de los acreedores puede ser curador (7), pero nunca puede

(1) Fr. 6. pr. §. 1.-4. D. XLII, 8.-C. 2, 3. C. VII, 75.-Cf. fr. 7. §. 17. D. II, 14.
(2) Arg. fr. 6.-8. D. XX, 1.
(3) Fr. 29. D. XLII, 5.
(4) C. 29, 30. C. V, 12.
(5) D. XLII, 7.
(6) Fr. 8. §. 4. fr. 15. pr. D. XLII, 5.-fr. 2. pr. D. XLII, 7.
(7) Fr. 2. §. 4. D. XLII, 7.

nombrarse al mismo deudor: 3.° el curador está obligado á prestar juramento, y á dar caucion por medio de fiadores, ó de prenda, ó de hipoteca (1): 4.° los deberes del curador de los bienes son en general los mismos que los de todo administrador, y especialmente está obligado; (a) á formar un inventario exacto: (b) á administrar los bienes del modo mas ventajoso, respecto de lo cual debe conformarse con los consejos y determinaciones de los acreedores: (c) hacer ante el juez las diligencias necesarias para la venta de las cosas pertenecientes á la masa: (d) á tratar de completar ésta, para lo cual debe repetir las cosas del deudor que se hallan en poder de extraños, y hacer efectivos los créditos: (e) á impugnar por medio de la accion Pauliana ó de la accion de nulidad las enagenaciones hechas por el deudor en fraude de los acreedores: (f) finalmente, á dar cuentas de su administracion, siendo sobre este punto responsable del dolo, de la culpa, y de la *diligentia quam in suis rebus*.

CAPITULO V.

DE LOS ACREEDORES ADMITIDOS AL CONCURSO.

§. 1070. *Nocion.*

Son en general admitidos al concurso, todos los acreedores, que por cualquiera motivo que sea, tienen derechos que ejercitar sobre la masa de bienes. Tomando esta expresion en un sentido mas estricto, diremos que son ad-

(1) Porque la masa de bienes no tiene en los suyos hipoteca legal, ni *privilegium exigendi*: fr. 22. §. 1. D. XLII, 5.

mitidos, todos los acreedores que tienen que hacer valer contra el deudor comun pretensiones personales, y que reclaman la prioridad respecto de los otros acreedores. Estos últimos estan solo obligados á concurrir y esperar su pago segun las disposiciones de la ley. Es necesario distinguir entre los acreedores admitidos al concurso en este sentido extricto, los reivindicantes, los separatistas, y los acreedores de la masa.

§. 1071. 1. *De los acreedores reivindicantes.*

Se llama generalmente acreedores reivindicantes (ó separatistas *ex jure domini*), todos aquellos que pueden perseguir por medio de una accion real su propiedad, ó un *jus in re*, sobre ciertas cosas comprendidas en la masa de bienes. Estos acreedores tienen derecho á exigir que su propiedad sea separada de la masa, y por lo mismo no estan obligados á tomar parte en el concurso, siendo preferidos á todos los acreedores, aun á los privilegiados respecto de la cosa que persiguen. Esto se funda en el principio, de que solo las cosas que pertenecen realmente á los bienes del deudor estan sujetas á formar parte de la masa (1). A los acreedores reivindicantes pertenecen.

A. Los que pueden perseguir por medio de la accion reivindicatoria la *propiedad* de ciertas cosas individuales que forman parte de la masa. Esto se verifica en los casos siguientes: 1.° Cuando el deudor ha adquirido la cosa de uno que no era dueño de ella, ó cuando se la ha quitado al verdadero propietario, ó cuando éste solo se la prestó ó dió en

(1) C. 3. C. VII, 71.-C. 1. C. VII, 73.

depósito. 2.° Cuando el deudor ha comprado la cosa á su verdadero dueño y éste se la ha entregado, pero no le ha transferido la propiedad por no haberse dado ni abonado en cuenta el precio de la compra (1): 3.° cuando la cosa se vendió fiada, reservándose expresamente el vendedor la propiedad de ella hasta su pago: otra cosa sucede, cuando el dolo del deudor ha dado causa al crédito, y por consiguiente á la traslacion de la propiedad (2): 4.° la muger casada tiene el derecho de reivindicar de la masa sus bienes dotales y parafernales que existen todavia en especie (3): 5.° finalmente muchos autores dan este privilegio á todas las personas que tienen el privilegio de perseguir, como propiedad suya por medio de la accion útil reivindicatoria, las cosas compradas con su dinero propio por un tercero, cuando no pueden pagarse de otro modo. Tales son los pupilos respecto de las cosas que los tutores compran con el dinero de aquellos (4); las iglesias y los establecimientos de beneficencia cuyos administradores compran varias cosas con los fondos de los mismos (5): en fin los militares respecto de las cosas que un tercero compra para sí con el peculio castrense de aquellos (6).

B. El heredero que ha adido la herencia el cual puede por medio de la peticion de la herencia hacer valer su de-

(1) §. 41. J. II, 1.-fr. 19. 53. D. XVIII, 1.-fr. 11. §. 2. D. XIX, 1.
(2) C. 10. C. IV, 44.
(3) C. 29. 30. . V, 12.
(4) Fr. 2. D. XXVI, 9.-C. 2. C, V, 39.-C. 3. C. V, 51.C. 6. C. VII, 8.
(5) Arg. c. 1.-3. X. 1. 41. Clem 2. *de relig, dom.*-Clem. ún. *de in int. rest.*
(6) C. 8. C. III, 32.

recho de sucesion contra el deudor poseedor *pro herede* ó *pro possessore*, y contra los acreedores del concurso, reivindicando asi la herencia, y separándola de la masa en que la habian comprendido.

C. El que tiene en los bienes del deudor una servidumbre, un enfitéusis, ó un derecho de superficie: pues pudiendo éste perseguir su derecho contra cualquiera por medio de la accion confesoria ó por una accion real útil, puede por lo mismo intentarla tambien contra los acreedores del concurso.

D. El que tiene sobre una cosa comprendida en la masa de bienes un derecho de hipoteca, que no le ha sido concedido por el deudor, sino por el propietario anterior de la cosa, antes de que ésta perteneciera al deudor (1); pero en este caso es necesario que, cuando el primer propietario traslade la cosa al deudor, el acreedor hipotecario respecto de ella no se haya hecho acreedor personal del deudor por medio de una novacion. Asi, cuando no ha habido novacion, tiene el derecho de reivindicar de la masa por medio de la accion hipotecaria la cosa que le fue hipotecada por el anterior propietario; pero no está obligado á concurrir con los demas acreedores, porque no es acreedor del deudor comun.

§. 1072. II. *De los separatistas.*

Llámanse separatistas en el sentido propio (separatistas *ex jure crediti*), los acreedores personales del deudor comun, que por un motivo particular tienen el derecho de

(1) Sobre todo á causa del fr. 54. D. L. 17.-C, 12. VIII, 28.

demandar que se separe de la masa comun una parte de los bienes del deudor, y que su crédito se satisfaga de esta parte de bienes con exclusion de todos los demas acreedores: ninguna cuestion de prioridad puede, pues, suscitarse entre ellos y los otros acreedores en cuanto á la parte de bienes, cuya separacion solicitan.

Tienen derecho de exigir la separacion. A. Los acreedores y legatarios de un difunto, cuyo heredero es el deudor comun. Estos tienen el derecho de pedir que los bienes del difunto se separen de los del heredero (que se ha hecho deudor comun), y se reserven exclusivamente para su pago (1). 1.º Este beneficio de separacion compete á los acreedores de la herencia, y si quedan algunos bienes despues que estos han sido pagados, aprovecha tambien á los legatarios del difunto (2). 2.º Es ventajoso sobre todo para los acreedores quirografarios de la herencia, porque los antepone aun á aquellos á quienes el heredero ó el deudor comun han dado un derecho de hipoteca sobre los bienes de la herencia (3). 3.º Los acreedores están obligados á pedir la separacion dentro de cinco años á contar desde la adicion de la herencia (4). 4.º Cuando han solicitado y obtenido la separacion, no pueden generalmente pretender ya cosa alguna respecto de los bienes propios del deudor (5). 5.º Los acreedores á la herencia no pueden pedir la separacion, cuando de cualquiera manera han reconocido como su deudor al heredero que ha adido la herencia. 6.º El beneficio de se-

(1) D. XLII, 6.
(2) Fr. 6. D. ibid.
(3) Fr. 1. §. 3. D. ibid.
(4) Fr. 1. §. 13. ibid,
(5) Fr. 1. §. 17; fr. 3. §. 1. 2; fr. 5. D. ibid.

paracion no compete mas, que á los acreedores de la sucesion, y de ningun modo á los del mismo heredero (1).

B. Los que han contratado con un hijo de familias respecto de su peculio castrense, pueden demandar el pago de su crédito de los bienes de este peculio con preferencia á los otros acreedores que contrataron con el mismo antes de hacerse militar, ó que por cualquier motivo pueden ejercitar su derecho contra el padre del deudor (2).

C. Cuando un esclavo ha desempeñado dos especies de comercio para su señor, los acreedores de una ú otra tienen el derecho de exigir por medio de la *actio tributoria*, que las mercancías respectivas á ella queden reservadas para su pago exclusivo (3).

§. 1073. III. *De los acreedores de la masa.*

Son acreedores de la masa, aquellos que tienen que hacer valer sus derechos contra la misma masa de bienes, despues de deducido todo lo que de ella debe separarse ya ex *jure dominii* ya *ex jure debiti*. A los acreedores de la masa pertenecen todos aquellos cuyo derecho proviene de una carga ó una deuda que afecta la masa como tal.

---

(1) Fr. 1. §. 2. D. ibid. escepto cuando el deudor comun ha aceptado la herencia dolosamente en perjuicio de aquellos. fr. 1. §. 5. 6. 8. D. ibid.
(2) Fr. 1. §. 9. D. ibid.-Cf. fr, 7. D, XLIX, 17.
(3) Fr. 5, §. 15. 16. D. XIV. 4.

§. 1074. IV. *De los acreedores admitidos al concurso, en el sentido extricto.*

Los acreedores que concurren en el sentido extricto, son aquellos que antes de la apertura del concurso tienen ya derechos personales que ejercitar contra el deudor comun, y que en el mismo concurso los oponen entre sí para ser privilegiados en el pago.

A. Se excluyen sin embargo del concurso: 1.° los créditos enteramente reprobados; 2.° las obligaciones naturales, porque todos aquellos que tienen que pedir alguna cosa de la masa se consideran como demandantes; 3.° los créditos que provienen de simples hechos, v. gr. de arrendamiento de obras *(ex locatione operarum)*, porque el concurso solo comprende los bienes; 4.° las demandas de alimentos y de dotacion de los hijos del deudor, asi como la viudedad de la madre, porque estos créditos solo pueden exigirse de un deudor que se halla con alguna fortuna, y porque el deudor comun debe ser considerado como pobre desde la apertura del concurso; 5.° todos los acreedores que renuncian enteramente á su crédito, ó que declaran que se retiran de la masa actual; 6.ª todas las deudas que el deudor ha contrahido despues de abrirse el concurso, porque desde este momento no podia ya gravar la masa.

B. Todos los demas créditos se aprovechan del concurso, cualquiera que sea la causa que los haya producido, y ya tengan por objeto la ejecucion ya la rescision de un acto, en que el deudor comun es principal deudor, ó solo fiador.

CAPITULO VI.

DE LA PRIORIDAD ENTRE LOS ACREEDORES.

§. 1075. I. *En general.*

Cuando no es, en general, suficiente la masa de bienes para el pago íntegro de todos los acreedores, importa mucho determinar el órden en que cada acreedor debe ser satisfecho. Dejando á un lado los acreedores reivindicantes, los separatistas y los acreedores de la masa, aquellos que toman realmente parte en el concurso deben dividirse en cinco clases: 1.° los acreedores privilegiados sin distinguir si tienen derecho de prenda ó de hipoteca, ó si no tienen ninguno de ellos; 2.° los acreedores que gozan de hipotecas privilegiadas; 3.° los acreedores hipotecarios; 4.° los acreedores sin prenda ni hipoteca, pero provistos de un *privilegium exigendi* contra los acreedores quirografarios; 5.° finalmente los acreedores quirografarios y todos los otros. El principio general es, que mientras la clase precedente no ha sido íntegramente pagada, la siguiente no puede recibir nada. La prioridad entre los acreedores de la misma clase se indicará en cada una de ellas.

§. 1076. II. *Primera clase.*

A los créditos enteramente privilegiados pertenecen; 1.° los gastos funerales del deudor (1); 2.° los de la última enfermedad, de que murió; 3.° los salarios de los domésticos.

(1) Fr. 14. §. 1. fr. 45. D. IX, 7.

§. 1077. III. *Segunda clase.*

Despues de pagados íntegramente los acredores absolutamente privilegiados, vienen aquellos que tienen una hipoteca privilegiada. De estos, unos gozan de una hipoteca legal privilegiada, otros de una hipoteca privilegiada convencional. De su prioridad hemos hablado ya §. 519-521, y solo nos resta observar, que los acreedores hipotecarios especialmente privilegiados no pueden perseguir su privilegio, sino en tanto que la cosa que se les ha hipotecado basta para su pago.

§. 1078. IV. *Tercera clase.*

En tercer lugar vienen las simples hipotecas, sin distincion entre las que son legales y convencionales, entre las cuales generalmente la mas antigua es preferida á la posterior. En cuanto á las excepciones de esta regla y en general respecto del órden de las simples hipotecas, véanse los §§. 518, 522.

§. 1079. V. *Cuarta clase.*

A esta clase pertenecen los acreedores quirografarios privilegiados, es decir, aquellos que tienen sobre los otros acreedores quirografarios un *privilegium exigendi.* Por derecho romano este privilegio competia á un gran número de personas, principalmente á aquellas que despues obtenian una hipoteca privilegiada. Tales son el físco (1). El prínci-

(1) Fr. 10, pr. D. II. 14.-fr. 8, pr. D. XLIX, 14.

pe y la princesa (1); las ciudades (2); la muger casada y la desposada, respecto de la dote (3); aquellos cuyos bienes son administrados por un curador, respecto de lo que no tienen hipoteca legal en los bienes de este último; v. gr. los pródigos y los enfermos (4); despues aquel que ha dado dinero para la compra, la construccion ó la mejora de una finca, ó que ha abierto un crédito por el importe del precio de la compra, sin reservarse hipoteca sobre la cosa (5); el que ha depositado su dinero en casa de un banquero sin interés alguno (*argentarius*) (6).

§. 1080. VI. *Quinta clase.*

Todos los otros acreedores de que no hemos hablado en ninguna de las clases precedentes pertenecen á la quinta, y son satisfechos *á prorata* del resto de la masa (7). Solo despues de pagados íntegramente todos los acreedores, es admitido el físico al cobro de las multas por los delitos cometidos por el deudor, y los legatarios de éste pueden hacer valer sus derechos. (8).

FIN DEL 4.° Y ULTIMO TOMO.

(1) Fr. 6. §. 1. D. ibid.
(2) Fr. 38. §. 1. D. XLII. 5.
(3) Fr. 17. §. 1. D. ibid.-fr. 74, D. XXIII. 3.-C. ún. C. VII, 74.
(4) Fr. 19.-23. D. XLII. 5.
(5) Fr. 26. 34, D. ibid.
(6) Fr. 7. §. 2. 3; fr. 8. D. XVI. 3.-fr. 24. §. 2. D. XLII. 5.
(7) C. 1. C. VII. 72.
(8) C. ún. C. X. 7.-C. 15. C. VI. 37.

INDICE ANALITICO

DE MATERIAS.

DE LOS DERECHOS DE FAMILIA.

SECCION PRMERA.

DEL MATRIMONIO.

CAPITULO PRIMERO.

Nocion y celebracion del matrimonio.

Párrafos. Páginas.

CAPITULO II.

Efectos del matrimonio.

CAPITULO III.

De la disolucion del matrimonio.

Párrafos. Páginas.

SECCION II.

DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO PRIMERO.

Relaciones generales entre padres é hijos.

CAPITULO II.

De la patria potestad por derecho romano.

CAPITULO III.

De los efectos de la patria potestad.

CAPITULO IV.

Como se disuelve la patria potestad.

SECCION III.

De la tutela y curatela.

CAPITULO I.

De la tutela.

CAPITULO II.

De la curatela.

CAPITULO III.

De la administracion del tutor y del curador.

CAPITULO III.

DEL DERECHO DE SUCESION.

SECCION I.

Nociones preliminares y generales.

SECCION II.

DE LA DELACION DE LA SUCESION.

CAPILULO PRIMERO.

Del órden de sucesion abintestato.

TITULO I.

Principios generales del derecho Justinianeo.

TITULO II.

Principios particulares de la sucesion intestada.

CAPITULO II.

Del órden de sucesion testamentaria.

TITULO I.

De la capacidad de testar.

TITULO II.

Forma de los testamentos.

TITULO III.

Contenido de los testamentos.

TITULO IV.

De las causas que anulan los testamentos.

SECCION III

DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA.

CAPITULO I.

De la adquisicion en general.

CAPITULO II.

De los efectos de adquisicion de una herencia.

SECCION IV.

DE LOS LEGADOS Y FIDEICOMISOS.

CAPITULO I.

De los codicilos.

CAPITULO II.

De los legados y fideicomisos particulares.

CAPITULO III.

De las sucesiones fideicomisarias.

CAPITULO IV.

De la donacion por causa de muerte.

Párrafos. Páginas.

LIBRO V.

DE LA RESTITUCION IN INTEGRUM.

CAPITULO I.

Principios generales.

CAPITULO II.

De las diversas especies de la restitucion pretoria.

Párrafos. Páginas.

LIBRO VI.

DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

CAPITULO I.

Nociones preliminares.

CAPITULO II.

De la apertura del concurso.

CAPITULO III.

De los efectos de la celebracion del concurso.

CAPITULO IV

De la Masa.

CAPITULO V.

De los acreedores admitidos al concurso.

CAPITULO VI

De la prioridad entre los acreedores.

DIGESTORUM LIB. L.

TIT. XVI.

DE VERBORUM SIGNIFICATIONE.

SI QUIS.

1. ULPIANUS, lib. I ad Edictum.

Verbum hoc, *si quis,* tam masculos quam fæminas complectitur.

Urbs Roma. 1. *Diei major pars.*

2. PAULUS, lib. 1. ad Edictum.

Urbis apellatio muris: Romæ autem continenti us ædificiis finitur; quod latius patet. §. 1. Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.

Viginti millia diurna 1. *Hereditas.*

3. ULPIANUS, lib. 2 ad Edictum

Itinere faciendo *viginti millia* pasuum in dies singulos peragenda, sic sunt accipienda; ut si post hanc dinumerationem minus quam viginti millia supersint, integrum diem occupent: veluti viginti unum millia sunt passus, biduum eis atribuetur: quæ dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non conveniat §. 1. Ejus qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, qui servus decessit.

Nomem.

4. PAULUS, lib. 1 ad Edictum.

Nominis apellatione rem significari Proculus ait.

Res, *pecunia*. 1. *Opus*.

5. IDEM, lib. 2 ad Edictum.

Rei apellatio latior est, quam pecuniæ, quæ etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt. §. 1. Opere locato, conducto: his verbis LABEO significari ait id opus, quod Greci *apotelesma* vocant, (non *ergon*) id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum.

Nomem, reus. 1. *Ex legibus*.

6. ULPIANUS, lib. 3 ad edictum.

Nominis & rei apellatio ad omnem contractum & obligationem pertinet. §. 1. Verbum *Ex legibus*, sid accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis.

Sponsio.

7. PAULUS, lib. 2 ad Edictum.

Sponsio apellatur, non solum quæ per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.

Oportebit 1. *Actio*.

8. IDEM, lib. 3 ad Edictum,

Verbum *Oportebit*, tam præsens, quam futurum tempus significat. §. 1. Actionis verbo non continetur exceptio.

Perisse.

9. ULPIANUS, lib. 5 ad Edictum.

Marcelus apud *Julianum* notat, verbo *Perisse*, & scissum & fractum contineri, & vi raptum.

Creditor.

10. IDEM, lib. 6 ad Edictum.

Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione, vel persecutione, vel jure civili sine ulla exceptionis perpetua remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem vel sub conditione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditoris accipiuntur.

11. GAJUS, lib. 1 ad Edictum provinciale.

Creditorum apellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt: sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.

1. *Minus solvere*.

12. ULPIANUS, lib. 6 ad Edictum.

Ut si cui ex empto vel ex locato, vel ex allio ullo debetur. † Sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco, accipi.

† Quod si ex populari causa, ante litis contestationem, recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse. §. 1. Minus solvit qui tardius solvit: nam & tempore minus solvitur.

Mulier. 1. *Abesse*. 2. *Desinere abesse*. 3. *Abesse*.

13. IDEM, lib. 7 ad Edictum.

Mulieris appelatione etiam virgo viripotens continetur.

§. 1. *Res abesse* videntur (ut *Sabinus* ait, & *Pedius* probat) etiam hæ, quarum corpus manet, forma mutata est: & ideo si corruptœ redditæ sint, vel transfiguratæ, videre abesse: quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re. §. 2. Desinere autem abesse res tunc videtur, cum sic redit in protestatem, ne amittere (ejus) possessionem possimus. §. 3. Ob hoc, quod furto pridem subtracta est. Abest & ea res, quæ in rebus humanis non est.

1. *Amittere.*

14. PAULUS. lib. 7 ad Edictum.

Labeo & *Sabinus* existimant, si vestimentnm scissum reddatur, vel res corrupta reddita sit, veluti sciphi collisi aut tabnla rasa pictura, videri rem *abesse*: quonian earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. † Item si dominus rem, quæ furto sibi aberat, ignorans emerit: recte dicitur res *abesse*, etiam si postea id ita esse scierit: quia videtur res ei abesse, cui pretium abest. §. 1. Rem *amisisse* videtur, qui adversus nullum ejus persequendæ actionem habet.

Publicum, publicanus.

15. ULPIANUS, lib. 10 ad Edictum.

Bona civitatis abusibe publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt.

16. GAJUS, lib. 3 ad Edictum provinciale.

Eum, qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus: (nam) publica appellatio in compluribus causis ad Populum Romanum respicit: Civitates enim privatorum loco habentur.

1. *Publicum vectigal.*

17. ULPIANUS, lib. 10 ad Edictum.

Inter publica habemus non sacra, nec religiosa, nec quæ publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona sed peculia servorum civitatum proculdubio publica habentur. §. 1. *Publica vectigalia* intelligere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus, vel venalium rerum: item salinarum, & metalorum, & picariarum.

Munus, munificus, seu munifex, municeps.

18. PAULUS, lib. 9 ad Edictum.

Munus tribus modis dicitur: uno *donum*, et inde munera dici

dari, mittive. Alter *onus*, quod cum remittatur, vacationem militiæ munerisque præstat: inde inmunitatem apellari. Tertio *officium*: unde munera militaria, & quosdam milites munificos vocari. Igitur Municipes dici, quod munera civilia capiant.

Agere, gerere, contrahere.

19. ULPIANUS, lib. 11 ad Edictum.

Labeo libro primo Prætoris Urbani definit, quod quædam agantur, quædam gerantur, quædam contrahantur.

† Et *actum* quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur: ut in stipulatione, vel numeratione.

† Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Græci *synallagma* vocant: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. † Gestum rem significare sine verbis factam.

20. IDEM. lib. 12 ad Edictum.

Verba, *contraxerunt gesserunt*, non pertinent ad testandi jus.

Bona.

21. PAULUS, lib. 11 ad Edictum.

Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.

Restituere, exhibere.

22. Cajus, lib. 4 ad Edictum provinciale.

Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam *exhibere* est, præsentiam corporis præbere, restituere est, etiam possessionem facere fructusque reddere: pleraque præterea restitutionis verbo continentur.

Res.

23. ULPIANUS, lib. 14 ad Edictum.

Rei apellatione & causæ & jura continentur.

Hereditas.

24. Gajus, lib. 6 ad Edictum provinciale.

Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus quod difunctus habuit.

Nostrum & meum. I pars.

25. PAULUS, lib. 21 ad Edictum.

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus nom domini pars sed servitutis sit: ut *Julianus* et via & iter: nec falso dici, totum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse: hoc & est verius. §. 1. *Quintus Mucius ait* partis apellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id nom partem sed totum esse. *Servius* non ineleganter partis apellatione utrumque significari.

26. ULPIANUS, lib. 16 ad Edictum.

Partum non esse partem rei furtivæ Scævola libro undécimo Questionum scribit.

Ager. I. Stipendium, tributum.

27. IDEM. lib. 17 ad Edictum

Ager est locus qui sine villa est. §. 1. *stipendium* à stipe appellatum est, quod per stipes id est modica æra colligatur. Idem hoc etiam *tributum* appellari Pomponius ait. Et sane appellatur ad intributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur.

Alienatio. I. Oratio soluta.

28. PAULUS, lib. 21 ad Edictum.

Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. ✝ Eum quoque alienare, dicitur qui non utendo amissit servitutes. ✝ Qui ocasione adquirendi non utitur non intelligintur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur. §. 1. Oratio quæ neque conjunctionem neque disjunctionem habet, ex mente pronuntiantis vel disjuncta vel conjuncta accipitur.

Conjunctio.

29. IDEM. lib. 66 ad Edictum.

Conjunctionem enim nonnumquam pro disjnnctione accipi

Labeo ait: ut in stipulatione. Mihi heredique meo te heredemque tuum.

Sylva cœdua 1. Stipula illecta. 2. Novale. 3. Terra integra. 4. Glans caduca.

3. Silva pascua.

30. GAJUS, lib. 7 ad Edictum provinciale.

Silva cœdua est, (ut quidam putant) quæ in hoc habetur, ut cæderetur. Servius eam esse, quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus renascitur. §. 1. Stipula illecta est spicæ in messe dejectæ (nec dum lectæ) quas rustici, cum vacaverint colligunt. §. 2. Novalis est terra præcisa, quæ anno cessavit, quam Grœcivocant. §. 3. Integra autem est, in quam nondum dominus pascendi gratia pecus inmisit. §. 4. Glans caduca est, quæ ex arbore cecidit. §. 5. Pascua Silva est, quæ pastui pecudum destinata est.

Pratum.

31. ULPIANUS, lib. 18 ad Edictum.

Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est: ex eo dictum quod paratum sit ad fructum capiendum.

Minus solutum.

32. PAULUS, lib. 24 ad Edictum.

Minus solutum intelligitur, etiam si nihil esset solutum.

Palam.

33. ULPIANUS, lib. 21 ad Edictum.

Palam est coram pluribus.

Actio.

34. PAULUS, lib. 24 ad Edictum.

Actionis verbo etiam persecutio continetur.

Restituere.

35. IDEM, lib. 17 ad Edictum.

Restituere autem is intelligitur, qui simul causam actori reddit quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reeddita fuisset, id est, & usucapionis causam, & fructuum.

Lis.

36. ULPIANUS, lib. 23 ad Edictum.

Litis nomen (omnem) actionem significat, sive in rem, sive in pe.sonam sit.

Oportere.

37. PAULUS, lib. 26 ad Edictum.

Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet qui potest, vel pluris, vel minoris condemnare: sed ad veritatem refertur.

Ostentum.

38. ULPIANUS, lib. 25 ad Edictum.

Ostentum *Labeo* definit omne contra naturam cujusque rei genitum factumque. Duo genera (autem) sunt ostentorum, unum quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quæ naturæ contraria est: al_terum cum quid prodigiosum videtur quæ Greci *Phantasmata* id est *visiones* vocant.

Subsignare: 1. Bona 2. Detestari 3. Incertus possessor.

39. PAULUS, lib. 53 ad Edictum.

Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est: nam veteres subsignationis verbo pro ascriptione uti solebant §. 1. *Bona* intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt. §. 2. *Detestari* est absenti denuntiare. §. 3. *Incertus possessor* est quem ignoramus.

Detestatio 1. Servus 2. Familiæ.

40. ULPIANUS, lib. 56.

Detestatio est denunciatio facta cum testatione. §. 1. Servi appellatio etiam ænicillam refertur. §. 2. *Familiæ* appellatione liberi quoque continetur. §. 3. Unicus servus familiæ appellatione non continetur. Nec duo quidem familiam faciunt.

Arma.

41. GAJUS, lib. 21 ad Edictum provinciale.

Armorum appellatio non utique scuta, & gladios, & galeas significat sed, & fustes, & lapides.

Probrum, opprobrium.

42. ULPIANUS, lib. 57 ad Edictum.

Probrum & opprobrium, id est, probra quædam natura turpia sunt, quædam civiliter, & quasi more civitatis: ut puta furtum, adulterium, natura, turpe est: enim vero tutelæ damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.

Victus.

43. IDEM, lib. 58 ad Edictum.

Verbo *victus* continentur, quæ esui, potuique cultuique corporis, quæque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait.

44. GAJUS, lib. 12 ad Edictum provinciale.

Et cœtera quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur ea apellatione significantur.

Stratum, stragulum, victus.

45. ULPIANUS, lib. 58 ad Edictum.

In stratum omne vestimentum contineri, quod injiciatur, La-

beo ait, neque enim dubium est, quin stragula vestis sit omne pallium περίςρωμα. Invictum ergo vestem accipiemus non stragula, in stratum omnem stragulam vestem.

Pronunciare, statuere. 1. Materfamilias.

46. IDEM, lib. 59 ad Edictum.

Pronuntiatum & statutum idem potest, promiscue enim & pronuntiasse & statuisse solemus dicere eos, qui jus habent cognoscendi. §. 1. *Matremfamilias* accipere debemus eam, quæ non inhoneste vixit: matrem enim familias à cœteris fœminis mores discernunt, atque separant: proinde nihil intererit, nupta sit, an vidua, ingenua et, an libertina: nam neque nuptiæ, neque natales faciunt matremfamilias: sed boni mores.

Liberatio.

47. PAULUS, lib. 56 ad Edictum.

Liberationis verbum eamdem vim habet, quam solutionis.

Solutus.

48. GAJUS, lib. ad Edictum Prætoris Urbani, titulo *Qui neque sequantur, neque ducantur.*

Solutum non intelligimus eum, qui licet vinculis levatus sit, manibus tamen tenetur: ac ne eum quidem intelligimus solutum, qui in público sine vinculis servatur.

Bona.

49. ULPIANUS, lib. 59 ad Edictum.

Bonorum apellatio aut naturalis, aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse.

† In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum

quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide á nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam hæc omnia in bonis esse videntur.

Nurus.

50. IDEM, lib, 61 ad Edictum.

Nurus apellatio etiam ad pronurum, et ultra porrigenda est.

Parens.

51. GAJUS, lib. 23 ad Edictum provinciale.

Appellatione *parentis* non tantum pater, sed etiam avus et proavus, et deinceps omnes superiores continentur: sed et mater, et avia et proavia.

Patronus.

52. ULPIANUS, lib. 61 ad Edictum.

Patroni appellatione & patrona continetur.

De conjunctis, & disjunctis, seu separatis, & solutis.

53. PAULUS, lib. 59 ad Edictun.

Sæpe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur & disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud veteres, *Adgnatorum gentiliumque*, pro separatione accipitur. At cum dicitur, *super pecuniæ tutelæve suæ*, tutor separatim sine pecunia dari non potest. † Et cum dicimus *quod dedi aut donavi*; utraque continemus † *Cum* vero dicimus *quod eum dare facere oportet*, quod vis eorum sufficit probare. † Cum vero dicit Prætor, *Si donum, munus, operas redemerit*: Si omnia imposita sunt, certum est omnia redimenda esse. §. 1. Ex re ergo pro conjunctis habentur: si quædam imposita sunt coetera non desiderabuntur. §. 2. Item du-

bitatum, illa (verba) *ope consilio*, quemadmodum accipienda sunt, sententia conjungentium, aut separantium? Sed verius est, quod & *Labeo* ait separatim accipienda: quia aliud factum est ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest; alii non potest (&) sane post veterum autoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi & factum secutum fuerit.

Conditionalis creditor.

54. ULPIANUS, lib. 62 ad Edictum.

Conditionales creditores dicuntur & hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent, ut competat.

Creditor.

55. PAULUS, lib. 16 brevis edicti.

Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest: qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori.

Cognoscere instrumenta, dispungere. I. Liberi.

56. ULPIANUS. lib. 62 ad Edictum.

Congnoscere instrumenta, est relegere, et recognoscere: *dispungere* ex conferre acepta et data. §. 1. *Liberorum* appellatione continentur, non tantum qui sunt in potestate: sed omnes, qu sui juris sunt sive virilis, sive fæminini sexus sunt, exve fæminini sexus descendentes.

Magister, magistratus. I. Persequi.

57. PAULUS, lib. 59 ad Edictum.

Cui præcipua cura rerum incumbit, et qui magis quam cæteri diligentiam et solicitudinem, rebus quibus præsunt, debent, hi magistri appellantur. ✝ Quinetiam ipsi magistratus per derivationem à magistris cognominantur. ✝ Unde etiam cujuslibet discíplinæ Præceptores, magistros appellari à monendo, vel mostrando. §. 1. *Persequi* videtur et qui satis accepit.

Acta, gesta. I. Nostri liberti

58. GAJUS, lib. 24 ad Edictum provinciale.

Licet inter gesta et facta videtur quædam esse subtilis differentia: attamem *catachreticos* id est *abusive*, nihil inter factum et gestum interest.

§. 1. Paternos libertos recte videmur dicere nostros libertos: liberorum libertos non recte nostros libertos dicimus.

Portus, angiportum.

59. ULPIAUS, lib. 68 ad Edictum.

Portus appellatus est conclusus locus, quo importantur merces, et inde exortantur: eaque nihilominus statio est conclusa atque munita: inde angiportum dictum est.

Locus, fundus.

60. IDEM. lib. 69 ad Edictum.

Locus est non *fundus*, sed portio aliqua fundi, fundus autem integrum aliquid est: et plerumque sine villa locum accipimus. Cæterum adeo opinio nostra, et constitutio locum à fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo, eum habuerimus. Non enim magnitudo locum á fundo separat, sed nostra affectio: et. quælibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus: nec non et. fundus, locus constitui potest: nam sicum allii adjunxerimus fundo, locus fundi efficietur. §. 1. Loci appellationem non solum ad rustica, verum ad urbana quoque prædia pertinere, *Labeo* scribit. §. 2. Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definietur.

Satisdatio.

61. PAULUS, lib. 65 ad Edictum.

Satisdationis appelatione interdum etiam repromissio continebitur; qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur.

Tignum.

62. GAJUS, lib. 26 ad Edictum provinciale.

Tigni appellatione in lege duodecim tabularum omne genus materiæ, ex qua œdificia constant, significatur.

Penes apud.

63. ULPIANUS, lib. 71 ad Edictum.

Penes te amplius est, quam *apud* te: nam aput te est quod qualiter, qualiter á te teneatur, pene te est, quad quodammodo possidetur.

Intestatus.

64. PAULUS, lib. 67 ad Edictum.

Intestatus est, nom tantum qui testamentum non fecit, sed etiam cujus ex testamento, hereditas adita non est.

Heres.

65. ULPIANUS, lib. 72 ad Edictum.

Heredis appellatio non solum ad proximum heredem sed & ad ulteriores refertur: nam & heredis heres, & deinceps, heredis appellatione continetur.

Merx.

66. IDEM, lib. 74 ad Edictum.

Mercis appellatio ad res moviles tantum pertinet.

Alienatum, venditum 1. Donatio.

67. IDEM, lib. 76 ad Edictum.

Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamem recte dicitur. §. 1. *Donationis* verbum simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa fuerit.

Arbitratu alicujus fieri.

68. IDEM, lib. 77 ad Edictum.

Illa verba, *arbitratu Lucii Titii fieri*, jus significant, & in servum non cadunt.

De doli clausula.

69. IDEM, lib. 78 ad Edictum.

Hæc verba, *cui rei dolus malus aberit*, *ab fuerit*, generaliter comprehendant omnem dolum, quicumque in hanerem admissus est, de qua estipulatio est interposita.

Heres heredis 1. Is ad quem ea res pertinet.

70. PAULUS, lib. 73 ad Edictum.

Sciendum est, heredem etiam per multas succesiones accepi: nam in paucis speciebus heredis appellatio proximum continet: veluti in substitutione impuberis, *quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto*: ubi heredis heres non continetur, quia in-certus est. † Item in lege Alia Sentia filius heres prosimus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam, si heredi heres extiterit. † Idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex succesione effectus.

§. 1. Verba hæc. *Is ad quem ea res pertinet* Sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel jure civilli vel jure Prætorio succedit, contineatur.

Capere, accipere, pervenisse 1. His rebus recte prestari.

71. ULPIANUS, lib. 70 ad Edictum.

Aliud est capere, aliud accipere. *Capere* cum effectu accipitur. *Accipere* est, si quis non accepit ut habeat: ideoque non videtur quis capere, quod erit restituturus: sicut *pervenisse* proprie illud dicitur, quod est remansurum. §. 1. Hæc verba, *his rebus recte præstari*, hoc significant, nequid periculum, vel dannum ex ea re stipulator sentiret.

Res.

72. PAULUS, lib. 76 ad Edictum.

Appellatione rei pars etiam continetur.

Recte restitui.

73. ULPIANUS, lib. 80 ad Edictum.

Hæc verba stipulatione posita, *eam rem recte restitui*, fructus continent. *Recte* enim verbum pro viri boni arbitrio est.

Ornamentum.

74. PAULUS, lib. 2 ad Edictum Ædilium Curulium.

Signatorius anulus ornamenti appellatione non continentur.

Restituere.

75. IDEM, lib. 50 ad Edictum.

Restituere is videtur, quis id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esse.

Dare.

76. IDEM, lib. 51 ad Edictum.

Dedisse intelligendus est etiam is, qui permutavit, vel compensavit.

Fruges, frumentum.

77. IDEM, lib. 49 ad Edictum.

Frugem pro reditu appellari, non solum, (quod) frumentis, aut leguminibus: verum & (quod) ex vino, silvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. ✝ Julianus scribit *fruges* omnes esse quibus homo vescatur, falsum esse; non enim carnem, aut aves ferasve, aut poma fruges dici. *Frumentum* autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse; lupinum vero et fabam fruges potius dici: quia non arista, sed siliqua continentur; quæ Servius apud Afenum in frumento contineri putat.

Possessio.

78. IDEM, lib. 3 ad Plautium.

Interdum proprietatem quoque verbum *possessionis* significat; sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.

De impensis necessariis, 1. Utilibus, 2. Et voluptuariis.

79. IDEM, lib. 6 ad Plautium.

Impensæ necesariæ sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. §. 1. *Utiles impensas* esse Fulcinius ait, quæ melliorem dotem faciant, (non) deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinatione ultra quam necesse fuerat. Item doctrinam puerorum, quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet: ne cogatur fundo, aut mancipiis carere. In is impensis et pistrinum et horreum insulæ dotali adjectum, plerumque dicemus. §. 2. *Voluptuariæ* sunt, quæ especiem dumtaxat, ornat, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquæ saliente, incrustationes, loricationes, picturæ.

De repetitione legatorum.

80. IDEM, lib. 9 ad Plautium.

In generali repetitione legatorum etiam date libertates continentur ex mente *Legis* duodecim tabularum.

Restituere.

81. IDEM, lib. 10 ad Plautium.

Cum Prætor dicat, ut *opus factum restituatur*, etiam damnum datum actor consequi debet: nam verbo *restitutionis* omnis utilitas actoris continetur.

Amplius, minus.

82. IDEM, lib. 14 ad Plautium.

Verbum *amplius* ad eum quoque pertinet, cui nihil debetur: sicuti ex contrario minus solutum videtur, etiam si nihil esse exactum.

Bona.

83. JAVOLENUS, lib. 5 ex Plautio.

Proprie bona dici non possunt, quæ plus incommodi, quam commodi habent.

Filius.

84. PAULUS, lib. 2 ad Vitellium.

Filii apellatione omnes liberos intelligimus.

Collegium.

85. MARCELLUS, lib. 1 Digestorum.

Neratius Priscus tres facere existimat collegium; et hoc magis secundum est.

De servitutibus.

86. CELSUS, lib. 5 Digestorum,

Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.

Urbs Roma.

87. MARCELLUS, lib. 12 Digestorum.

Ut Alfenus ait, urbs est Roma, quæ muro cingeretur. Roma

est etiam, quà continenti ædificia essent; nam Romam non muro tenus existimari, ex consuetudine cottidiana posse intelligi, cum diceremus Romam nos ire, etiam si extra urbem habitaremus.

Pecuniam.

88. CELSUS, lib. 18 Digestorum.

Tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest: sic dicimus, centies aureorum habere, qui tantum in praediis caeterisque similibus rebus habeat. Nom idem est in fundo alieno legato, quamquam is hereditaria pecunia parari potest: neque quisquam eum, qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest.

De bobus. 1. Dum nupta erit. 2. Edere rationes, reddere rationes.

89. POMPONIUS, lib. 6 ad Sabinum.

Boves magis armentorum, quam jumentorum generis appellantur.

§. 1. Hoc sermone, *Dum nupta erit*, primae nuptiæ significantur.

§. 2. Inter edere et reddi rationes multum interest: nec is, qui edere jussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiam si quod reliquum sit apud eum non solvat.

Ædes uti optimæ maximæque sunt.

90. ULPIANUS, lib. 27 ad Sabinum.

Qui uti *optimæ maximæquæ sunt*, ædes tradit: non hoc dicit servitutem illis deberi: sed illud solum; ipsas aedes liberas esse, hoc est, nulli servire.

Meum, tuum.

91. PAULUS, lib. 2 fideicomissorum.

Meorum et teorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est.

Proximus, supremus.

92. IDEM, lib. 7 Quaestionum.

Proximus est, cui nemo antecedit: *supremus* est, quem nemo sequitur.

Moventia, movilia.

93. CELSUS, lib. 19 Digestorum

Moventium, item movilium appellatione, idem significamus: si tamen apparet defunctum animalia duntaxat, quia se ipse moverent, moventia vocase: quod verum est.

Reddere

94. IDEM, lib. 20 Digestorum.

Verbum reddendi quamquam significatum habet retro dandi recipit tamen et per se dandi significationem.

Reliqui.

95. MARCELLUS, lib. 14 Digestorum.

Potest *reliquorum* appellatio et universos significare.

Litus. 1. Prædia aliquorum.

96. CELSUS, lib. 25 Digestorum.

Litus est, quousque maximus fluctus á mari pervenit: idque Marcum Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse.

§. 1. Prædia, dicimus aliquorum esse, non utique communiter habentium ea, sed (vel) alio aliud habente.

Pecunia.

97. IDEM, lib. 32, Digestorum.

Cum stipulamur, *quanta pecunia ex hereditate Titi ad te pervenerit*, res ipsas, quæ pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.

De bisexto et mensi intercalari.

98. IDEM, lib. 39 Digestorum.

Cum *bisextum* kalendis est: nihil refert: (utrum) priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum kalendas ejus natalis dies est: nam id biduum pro uno die habetur: sed posterior dies intercalatur, non prior: ideo quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus: cum bisextum kalendis est, priorem diem natalem habet. §. 1. *Cato* putat, mensem *intercalarem* additicium esse, omnesque ejus dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis februarii attribuit Quintus *Mucius.*

§. 2. Mensis autem *intercalaris* constat ex diebus viginti octo.

Notio. 1. Continentes provinciæ. 2. De instrumentis.

99. ULPIANUS, lib. 1 de officio consulis.

Notionem accipere possumus, et cognitionem et jurisdictionem.

§. 1. *Continentes provincias* accipere debemus eas, quæ Italiæ junctæ sunt: ut puta Galliam. Sed et provinciam Siciliam magis intercontinentes accipere nos oportet, quæ modico freto Italia dividitur.

§. 2. *Instrumentorum* appellatione quæ comprenhendantur, perquam difficile erit separare: quæ enim proprie sint instrumenta, propter quæ dilatio danda sit, inde dignoscemus, si in præsentiam personæ, quæ instruere possit, dilatio petatur: puta qui actum gessit, licet in servitute, vel qui acto fuit constitutus, putem videri instrumentorum causa peti dilationem.

Speciosæ personæ.

100. IDEM, lib. 2 de officio consulis.

Speciosas personas accipere debemus *clarissimas* personas utriusque sexus: item eorum quæ ornamentis *senatoriis* utuntur.

Stuprum, adulterium. 1. *Divortium, repudium.* 2. *Morbus vitium.* 3. *Servus.*

101. MODESTINUS, lib. 9 Differentiarum.

Inter stuprum, & adulterium, hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in vidum committitur: sed lex Julia de *adulteriis* hoc verbo *indifferenter utitur*. §. 1. *Divortium* inter virum & uxorem fieri dicitur: *repudium* vero sponsæ remitti videtur: quod et in uxoris personam non absurde cadit, §. 2. Verum est, *morbum* esse temporalem corporis imbecillitatem. *vitium* vero perpetuum corporis impedimentum: veluti si talum excussit: nam et luscus itaque vitiosus est. §. 3. Servis legatis etiam ancillas deberi, quidam putant: quasi commune nomen utrumque sexum contineat.

Derogare abrogare.

102. IDEM, lib. 7 Regularum.

Derogatur legi, aut abrogatur. *Derogatur* legi, cum pars detrahitur, *abrogatur* legi, cum prorsus tollitur.

Capitalis.

103. IDEM, lib. 8 Regularum.

Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur: tamen appellatio *capitalis*, mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est.

Tecna.

104. IDEM, lib. 2. excusationum.

Eton tecnon prosegoria cai epitous eggo nous ecteinetai	Natorum appellatio et ad nepotes extenditur.

Libertis, libertabusque meis.

105. IDEM, lib. 11 responsorum.

Modestinus respondit, his verbis, *Libertis, libertabusque meis*, libertum libertæ testatoris non contineri.

Dimissoriæ literæ, seu Apostoli.

106. IDEM, lib. singul. de præscriptionibus.

Dimissoriæ litteræ dicuntur, quæ vulgo Apostoli dicuntur, dimissoriæ autem dictæ, quod causa ad eum, qui appellatus est. dimittitur.

Assignare libertum

107. IDEM, lib. 3 Pandectarum.

Adsignare libertum, hoc est, testificari, cujus ex liberis libertum eum esse voluit.

Debitor.

108. IDEM. lib. 4 Pandectarum.

Debitor intelligatur is, à quo invito exigi pecunia potest.

Bonæ fidei emptor.

109. IDEM. lib. 5 Pandectarum.

Bonæ fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse.

Sequester.

110. IDEM. lib. 6 Pandectarum.

Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod ocurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur.

Censere, censor.

111. JAVOLENUS, lib. 6 ex Cassio.

Censeri est constituere, et præcipere: unde etiam dicere sole

mus, *censeo hoc facias*, et semet aliquid censuisse. ✝ Inde censoris nomem videtur esse tractum.

Publicum.

112. IDEM, lib. 11 ex Cassio.

Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exæstuat. idemque juris est in lacu, nisi is totus privatus est.

Morbus sonticus.

113. IDEM, lib. 14 ex Cassio.

Morbus sonticus est, qui cuique rei nocet.

Solvendo esse.

114. IDEM, lib. 15 ex Cassio.

Solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere.

Fundus, possessio, ager, prædium.

115. IDEM, lib. 4 Epistolarum.

Quæstio est, fundus á possessione, vel agro, vel prædio quid distet? ✝ *Fundus* est omne, quidquid solo tenetur. ✝ *Ager* est, (si) species fundi ad usum hominis comparatur. ✝ *Possessio* ab agro juris proprietate distat: quiquid enim aprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est ✝ Prædium utriusque suprascriptæ generale nomem est: nam & ager & possessio hujus appellationis species sunt.

Filius filii.

116. IDEM, lib. 7 Epistolarum.

Quisquis mihi alius filii filiusve heres sit, Labeo, non videri filiam contineri: Proculus contra: mihi Labeo videtur verborum figuram sequi, Proculus mentem testantis, respondit: Non dubito, quin Labeonis sententia vera non sit.

Munius solvere.

117. IDEM, lib. 9 Epistolarum.

Non potest videri minus solvisse is, in quem amplioris summæ actio non competit.

Hostes.

118. POMPONIUS, lib. 2 ad Quintum Mucium.

Hostes hi sunt qui nobis, aut quibus nos publice bellum decrevimus: cæteri, latrones aut prædones sunt.

Hereditas bonorum possessio.

119. IDEM, lib. 3 ad Quintum Mucium.

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomem est, sicuti bonorum possessio.

Legare.

120. IDEM, lib. 5 ad Quintum Mucium.

Verbis legis XII Tabularum his, *Uti legassit suæ rei, ita jus esto*, latissima potestas tributa videtur, & heredis instituendi, & legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel autoritate jura constituentium.

De usuris.

121. IDEM, lib. 6 ad Quintum Mucium.

Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione.

Filio filiis

122. IDEM, lib. 8 ad Quintum Mucium.

Servius ait: si ita scriptum sit, *Filio, Filiisque meis heres*

tutores do: masculis duntaxat tutores datos: quoniam singulari casu hoc, *filio*, ad pluralem videtur transisse, continentem eundem sexum, quem singularis prior positus habuiset: sed hoc facti, non juris habet quæstionem: potest enim fieri, ut singulari casu de filio senserit, deinde plenius omnibus liberis prospexisse in tutore dando voluerit, quod magis rationabile esse videtur.

Est erit.

123. IDEM, lib. 26 ad Quintum Mucium.

Verbum *erit* interdum etiam præteritum, nec solum futurum tempus demonstrat; quod est nobis necessarium scire, & cum codicilli ita confirmati testamento fuerint, *Quod in codicilis scriptum erit*: utrumne futuri temporis demonstratio fiat, an etiam præteriti, si ante scriptos codicillos quis relinquat; quod quidem ex voluntate scribentis interpretandum est. ┼ Quemadmodum autem hoc verbum *est*, non solum præsens, sed & præteritum tempus significat: ita et hoc verbum *erit* non solum futurum, sed interdum etiam præteritum tempus demonstrat: nam cum dicimus, *Lucius Titus solutus est* (*ab*) *obligatione: et præteritum et præsens significamus*: sicut hoc, *Lucius Titius obligatus est*; *et* idem fit, cum ita loquimur *Troja capta est*, non enim ad præsentis facti demonstrationem refertur is sermo, sed ad præteritum.

Disjunctivum, subdisjunctivum.

124. PROCULUS, lib. 2 Epistolarum.

Hæc verba, *ille aut ille*, non solum disjuntivæ, sed etiam subdisjunctivæ orationis sunt. ┼ Disjunctivum est, veluti cum dicimus, *aut dies aut nox est*, quorum posito altero, necesse est, tolli alterum: item sublato altero, poni alterum: ita simili figuratione verbum potest esse subdisjunctivum. ┼ Subdisjunctivi autem genera sunt duo. Unum, cum ex propositis finibus ita non potest uterque esse, ut possit neuter esse: veluti cum dicimus, *aut sedet aut ambulat*: nam ut nemo potest utrumque simul facere: ita aliquis potest neutrum, veluti is, qui accumbit. ┼ Alterius generis est, cum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti cum dicimus, *omne animal aut facit, aut patitur*: nullum enim est, quod nec faciat, nec patiatur: at potest simul et facere, et pati.

Commodum posse.

125. IDEM, lib. 5 Epistolarum.

Nepos Proculo suo salutem: ab eo, qui ita dotem promissit *cum commodum erit, dotis filiæ meæ tibi erunt aurei centum*, putasne, protinus nuptiis factis dotem peti posse? quid si ita promisisset, *cum potuero, doti erunt*? quod si aliquam vim habeat posterior obligatio, *possit* verbum quomodo interpretaris? utrum ære alieno deducto, an extante? Proculus: cum dotem quis (ita) promissit, *cum potuero, doti tibi erunt centum*: existimo, ad id, quod actum est, interpretationem redigendam esse; nam qui ambigue loquitur, id loquitur quod ex his, quæ significantur, sensit: propius est tamen, ut hoc eum sensisse existimem, deducto ære alieno potero, potest etiam illa accipi significatio, cum salva dignitate mea potero: quæ interpretatio eo magis accipienda est, si ita promissum est, *cum commodum erit*, hoc est, cum sine incommodo meo potero.

De clausula, uti optimus maximusque est: & clausula jus fundi deterius factum non esse per dominum.

126. IDEM, lib. 6 Epistolarum.

Si, cum fundum tibi darem, legem ita dixi, *uti optimus maximusque esset*: & adjeci, *jus fundi deterius factum non esse per dominum, præstabitur*: amplius eo præstabitur nihil: etiam si prior pars, qua scriptum est, *uti optimus maximusque sit*, liberum esse significat: eoque, si posterior pars adjecta non esset, liberum præstare deberem: tamen inferiore parte satis me liberatum puto, quod ad jura attinet, nequid aliud præstare debeam, quam jus fundi per dominum deterius factum non esse.

Vestis.

127. CALLISTRATUS lib. 4 de Cognitionibus.

Vestis appellatione, tam virilis, quam muliebris, & scenica, etiam si tragica aut citharoedica sit, continetur.

Spado.

128. ULPIANUS, lib. 1 ad Legem Juliam & Papiam.

Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiæ, thlasiæ, sed & si quid aliud genus, spadonum est, continentur.

De his, qui mortui nascuntur.

129. PAULUS, lib. 1 ad Legem Juliam & Papiam.

Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati, videntur: quia numquam liberi appellari potuerunt.

Lege obvenire hereditatem.

130. ULPIANUS, lib. 2 ad Legem Juliam & Papiam.

Lege obvenire hereditatem, non improprie quis dixerit & eam, quæ ex testamento defertur: quia lege XII tabular, testamentariæ hereditates confirmantur.

Fraus, pœna, multa.

131. IDEM, lib. 3 ad Legem Juliam & Papiam.

Aliud fraus est, aliud pœna. Fraus enim sine pœna esse potest: pœna sine fraude esse non potest. Pœna est, noxæ vindicta: fraus et ipsa noxa dicitur, et quasi pœnæ quædam præparatio. §. 1. Inter multam autem, et pœnam, multum interest, cum pœna generale sit nomen, omnium delictorum coërcitio, multa, specialis peccati, cujus animadversio hodie pecuniaria est: pœna autem non tantum pecuniaria, verum capitis & existimationis irrogari solet: et multa

quidem ex arbitro ejus venit qui multum dicit; pœna non irrogatur, nisi quæ quaque lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est: quinimo multa ibi dicitur, ubi specialis pœna non est imposita. Item multam is dicere potest, cui judicatio data est. Magistratus solos et Presides provinciarum posse multam dicere, mandatis permisima est: pœnan autem unusquisque irrogare potest, cui hujus criminis sive delicti executio competit.

Anniculus ante diem X Kalend. post diem X Kalend. 1. Peperisse.

132. PAULUS, lib. 3 ad legem Juliam et Papiam.

Anniculus amittitur qui extremo anni die moritur: et consuetudo loquendi, id ita esse, declarat, *ante diem decimum Kalendarum, post diem decimum kalendarum*: neque utro enim sermone undecim dies significantur. §. 1. Falsum est, eam peperisse, cui mortuæ filius exsectus est.

Intra diem.

133. ULPIANUS, lib. 4 ad legem Juliam et Papiam.

Si quis sic dixerit, ut intra diem mortis ejus aliquid fiat: ipse quoque dies, quo quis mortuus est, numeratur.

Anniculus.

134. PAULUS, lib. 2 ad legem Juliam et Papiam.

Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die, quia anum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.

De partu portentoso, vel monstroso.

135. ULPIANUS, lib. 4 ad legem Juliam et Papiam.

Quæret aliquis, si portentosum, vel monstrosum, vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagito novum, non huma-

næ figuræ, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut hæc quoque parentibus prosint: nec enim est, quod eis imputetur, quæ qualiter, portuerunt, statutis obtemperaverunt: neque id, quod fataliter accessit, matri damnum injungere debet.

Gener.

136. IDEM, lib. 5 ad legem Juliam et Papiam.

Generi appellatione et neptis, et proneptis, tam ex filio, quam ex filia editarum cœterarumque maritos contineri manifestum est.

Ter enixa.

137. PAULUS, lib. 2 ad legem Juliam et Papiam.

Ter enixa videtur, etiam quæ trigeminos pepererit.

Hereditas.

138. IDEM, lib. 4 ad legem Juliam et Papiam.

Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur.

Roma 1. *Perfecisse ædificium.*

139. ULPIANUS, lib. 7 ad legem Juliam et Papiam.

Ædificiæ Romæ fieri etiam ea videntur, quæ incontinentibus Romæ edificiis fiant. §. 1. *Perfecisse ædificium* is videtur, qui ita consummabit, ut jam in usu esse possit.

Cœpisse.

140. PAULUS, lib. 6 ad legem Juliam et Papiam.

Cœpisse quis intelligitur, quamvis alii adquisiit

Habere filium.

141. ULPIANUS, lib. 8 ad legem Juliam et Papiam.

Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere quæ

exciso utero edere possit: nec non etiam alio casu mulier potest habere filium, quem mortis tempore non habuit: ut puta cum, qui ab hostibus remeabit.

De conjunctis.

142. PAULUS, lib. 6 ad legem Juliam et Papiam.

Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. † Nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum, et rei complexus jungit: veluti *Titius et Mevius ex parte dimidia heredes sunto*: vel (ita), *Titius Meviusque heredes sunto*: *vel Titius cum Mevio ex parte dimidia heredes sunto.* † Videamus autem, ne etiam si hos articulos detrahas, *et*, *que*, *cum*; interdum tamen conjunctos accipi oporteat; veluti *Lucius Titius*, *Publicus*, *Mœvius ex parte dimidia heredes sunto*: vel ita *Publius*, *Mœvius*, *Lucius Titius*, *heredes sunto*: *Sempronius ex parte dimidia* heres esto: ut Titius et Mœvius veniant in partem dimidiam, et re et verbis conjuncti videantur. *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto*: *Sejus ex parte*, qua *Lucium Titium heredem instituí*, *heres esto*. Julianus. dubitari posse, tres semisses factii, an Titius in eumdem semissem cum Gajo, Seio institutus sit: sed eo quod Sempronius quoque exparte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eumdem semissem duo coactos, et conjunctim heredes scriptos esse.

Habere.

143. ULPIANUS, lib. 9 ad legem Juliam et Papiam.

Id apud se quis *habere* videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest.

Pellex, palaque.

144. PAULUS, lib. 10 ad legem Juliam et Papiam.

Libro memoralium Massurius scribit, *pellicem* apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non esset, cum aliquo tamen vive-

bat, quam nunc vero nomine *amicam*, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de Jure Papiriano scribit, pellicem nunc vulgo vocari, quæ cum eo, cui uxor sit, corpus miscent: quosdam eam, quæ uxorio loco sine nuptis in domo sit, quam *palaquen* greci vocant.

Virilis.

145. ULPIANUS, lib. 10 ad legem Juliam et Papiam.

Virilis apellatione interdum etiam totam hereditatem contineri dicendum est.

Socer, socrus.

146. TERENTIUS CLEMENS, lib. 2 ad legem Juliam et Papiam.

Soceri socrus appellatione avum quoque et aviam uxoris vel mariti contineri, respondetur.

Roma.

147. IDEM, lib. 3 ad legem Juliam et Papiam.

Qui in continentibus Urbis nati sunt, Romæ nati intelligantur.

Liberi.

148. GAJUS, lib. 8 ad legem Juliam et Papiam.

Non est sine liberis, cui vel unus filius, unave filia est: hæc enim enuntiatio, *habet liberos* (*non habet liberos*) semper plurativo numero profertur: sicut et pugillares et codicilli.

149. IDEM, lib. 10 ad legem Juliam et Papiam.

Nam quem *sine liberis esse*, dicere non possumus: hinc necesse est dicamus liberos habere.

Quanto minus.

150. IDEM, lib. 9 ad legem Juliam et Papiam.

Si ita á te stipulatus fuero, *Quanto minus á Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* non solent dubitari, quin, si nihil á Titio fuero consecutus, totum debeas, quod Titius debuerit.

Delata hereditas.

151. TERENTIUS CLEMENS, lib. 5 ad legem Juliam et Papiam.

Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi

Homo.

152. GAJUS, lib. 10 ad legem Juliam et Papiam.

Hominis appellatione tam fæminam, quam masculum contineri non dubitatur.

De eo qui est in utero.

153. TERENTIUS CLEMENS, lib. 11 ad legem Juliam et Papiam.

Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.

Mille passus.

154. MACER, lib. 1 ad legem vicesimam.

Mille passus non á milliario urbis, sed á continentibus ædificiis numerandi sunt.

Proximus.

155. LICINNIUS RUFINUS, lib. 7 Regularum.

Proximi apellatione etiam ille continetur, qui solus est.

Major pars anni.

156. IDEM, lib. 10 Regularum.

Majore parte anni possedisse quis intelligitur, etiam si duobus

mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus (diebus) aut nullis possederit.

Paries. 1. Via.

157. ÆLIUS GALLUS, lib. 1 de Verborum, quæ ad jus pertinet, significatione.

Paries est, sive murus, sive maceria est. §. 1. Item via est, sive semita, sive iter est.

De numero unitatis et multitudinis.

158. CELSUS, lib. 25 Digestorum.

In usu juris frecuenter uti nos, Cascellius ait, singulari appellatione, cum plura generis ejusdem significare vellemus: nam et multum hominem venisse Romam, et piscem vilem esse, dicimus. Item in stipulando satis habemus de herede cavere, *Si ea res secundum me heredemve meum judicata erit*: et rursus *Quod ob eam rem te heredemve tuum*: nempe æque, si plures heredes sint, continentur stipulatione.

Æs.

159. ULPIANUS, lib. 1. ad Sabinum.

Etiam aureos nummos æs dicimus.

Cœteri, reliqui.

160. IDEM, lib. 2 ad Sabinum.

Cæterorum et reliquorum apellatione etiam omnes continentur, ut Marcellus dixit circa eum, cui optio servi legata est, cæteri Sempronio: nam tentat, si non optet, omnes ad Sempronium pertinere.

Pupillus.

161. IDEM, lib. 7 ad Sabinum.

Non est pupillus, qui in utero est.

Supremus, proximus. 1. Accedere.

162. POMPONIUS, lib. 2 ad Sabinum.

In vulgari substitutione, qua ei, qui supremus morietur, heres substituitur, recte substitutus etiam, unico intelligitur, exemplo duodecim tabularum, ex quibus proximus agnatus et solus habetur. §. 1. Si quis ita in testamento scripserit, *Si quid filio meo acciderit, Damas servus meus liber esto*: mortuo filio, Damas liber erit: licet enim accidant et vivis, sed vulgi sermone etiam mors significatur.

Optimus. Maximusque, supremus. 1. puer, puerpera. paidion.

163. PAULUS, lib. 2 ad Sabinum.

Illa verba *optimus, maximusque*, vel in eum cadere possunt qui solus est, sic et circa edictum Prætoris supremæ tabulæ habentur et solæ. §. 1. Pueri apellatione etiam puella significatur nam et fæminas puerperas apellant recentes ex partu et grece paidion communiter apellatur.

Filia posthuma. 1. Partitio. 2. Habere, pervenire.

164. ULPIANUS, lib. 15 ad Sabinum.

Nomen filiarum et in posthumam cadere, quæstionis non est, quamvis posthumæ non cadere in eam, quæ jam in rebus humanis sit, certum sit. §. 1. *Partitionis* nomen non semper dimidium significat: sed prout est adjectum: potest enim jubere aliquis, et maximam partiri; posse, et vicesimam, et tertiam, et prout libuerit: sed si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur. §. 2. *Habere*, sicut pervenire, cum effectu accipiendum est.

Venisse ad heredem

165. POMPONIUS, lib. 5 ad Sabinum.

Venisse ad heredem nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno.

Urbana, vel rustica familia. 1. Pernoctare.

166. IDEM, lib. 6 ad Sabinum.

Urbana familia, et *rustica*, non loco, sed genere distinguitur; potest enim aliquis dispensator non esse servorum urbanorum numero, velutiis qui rusticarum rerum rationes dispenset, ibique habitet, non multum abest à villico: insularius autem urbanorum numero est, videndum tamem est, ipse dominus quorum loco quemque habuerit: quod ex numero familiæ, et vicaris apparebit. §. 1. *Pernoctare* extra urbem intelligendus est, qui nulla parte noctis in urbe est. *Per* enim totam noctem significat.

Carbo, lignum, titio, lignum coctum. Sulphuratum, ad faces paratum.

167. ULPIANUS, lib. 25 ad Sabinum.

Carbonum appellatione materiam non contineri: sed an lignorum? & fortassis quis dicet, nec lignorum, non enim lignorum gratia habuit. ┼ Sed & titiones, & alia ligna cocta, ne fumum faciant, utrum ligno, an carboni, an suo generi ad numerabimus? Et magis est, ut proprium genus habeatur. ┼ Sulphurata quoque deligno æque eandem habebunt definitionem. ┼ Ad faces quoque parata non erunt liquorum appellatione comprehensa, nisi hæc fuit voluntas. ┼ Idem & de nucleis olibarum, sed & de balanis est: vel si qui alii nuclei. ┼ De pinu autem integri strobili ligui appellatione continebuntur.

De palis & perticis.

168. PAULUS, lib. 4 ad Sabinum.

Pali & perticæ in numerum materiæ redigendi sunt, & ideo lignorum appellatione non continentur.

Optimus maximusque.

169. IDEM, lib. 5 ad Sabinum.

Non tantum in traditionibus, sed & in emptionibus & stipulationibus, & testamentis adjectio hæc, *Uti optimus, maximusque est*, hoc significat, ut liberum præstetur prædium, non ut etiam servitutes ei debeantur.

Heres.

170. ULPIANUS, lib. 53 ad Sabinum.

Heredis appellatione omnes significari succesores credendum est etsi verbis non sint expressi.

Pervenisse.

171. POMPONIUS, lib. 16 ad Sabinum.

Pervenisse ad te recte dicitur, quod per te ad alium pervenerit, ut in hereditate, à liberto per patronum filium familias patre ejus adoptivo adquisita, responsum est.

Libertus.

172. ULPIANUS, lib. 38 ad Sabinum.

Liberti appellatione etiam libertam contineari placuit.

Collega abesse.

173. IDEM, lib. 39 ad Sabinum.

Collegarum appellatione hi continentur, qui sunt, ejusdem potestatis. §. 1. Que extra continentia, urbis est abest: ceterum usque ad continentia, non abesse videbitur.

Furem non esse, furto noxaque solutum esse.

174. IDEM, lib. 42 ad Sabinum.

Alind est, promittere, furem non esse, aliud furto noxaque solutum: qui enim dicit, furem non esse, de hominis proposito loquitur: qui furtis noxaque solutum, nemini esse furti obligatum promitit.

Facere.

175. POMPONIUS, lib. 22 ad Sabinum,

Faciendi verbo, red dendi etiam causa continetur.

Solutio.

176. ULPIANUS, lib. 46 ad Sabinum.

Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet: solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit.

Cavillatio, sorites.

177. IDEM, lib. 45 ad Sabinum.

Natura cavillationis, quam Græci *soriten* (id est, *acervalem sillogismum*) appellaverunt, hæc est, ut ab evidenter veris per brevisimas mutationes, disputatio ad ea, quæ evidenter falsa sunt, perducatur.

Pecunia 1. Hereditas 2. Actio petitio, persecutio 3. Debuit.

178. IDEM, lib. 49 ad Sabinum.

Pecuniæ verbum non solum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo est, qui ambiget §. 1 *Hereditas* juris nomen est, quod & accessionem et deccessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur. §. 2. *Actionis* verbum & speciale est & generale: nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales solemus dicere: petitiones autem verbo in rem actiones significare videntur; persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum & si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem. §. 3. Hoc verbum, *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio.

Quanti erit, quanti esse paret.

179. IDEM, lib. 51 ad Sabinum.

Inter hæc verba, *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse paret*, nihil interes: in utraque enim clausula placet veram rei estimationem fieri.

Tugurium 1. Toga.

180. POMPONIUS, lib. 30 ad Sabinum.

Tugurii appellatione omne edificium, quod rusticæ magis custodiæ convenit, quam urbanis ædibus, significatur. §. 1. Ofilius ait, tugurium à tecto, tamquam tegularium esse dictum, ut toga, quod ea tegamur.

Pertinere.

181. IDEM, lib. 35 ad Sabinum.

Verbum ilud *pertinere* lattissime patet: nam & eis rebus petendis aptum est, quæ dominii nostri sint, et eis, quas jure aliquo possideamus, quambis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quæ in nulla eorum causa sint, sed esse possint

Peculium, bona

182. ULPIANUS, lib. 27 ad Edictum.

(Pater familias), liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona.

Taberna.

183. IDEM, lib. 18 ad Edictum.

Tabernæ appellatio declarat omne utile ad habitandum ædificium, nempe ex eo, quod tabulis cluditur.

Tabernacula, contubernales.

184. PAULUS, lib. 30 ad Edictum.

Inde tabernacula, & contubernales dicti sunt.

Taberna instructa.

185. ULPIANUS, lib. 28 ad Edictum.

Instructam autem tabernam sic accipiemus, quæ et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constant.

Commendare.

186. IDEM, lib. 30 ad Edictum.

Commendare nihil aliud est, quam deponere.

Exigere.

187. IDEM, lib. 32. ad Edictum.

Verbum *exactæ pecuniæ*, non solum ad solutionem referendum est: verum etiam ad delegationen.

Habere 1. *Cavere.*

188. PAULUS, lib. 33 ad Edictum.

Habere duobus modis dicitur, altero jure dominii, altero, obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit. §. 1. *Cautum* intelligitur, sive personis, sive rebus cautum sit.

Facere oportere.

189. IDEM, lib. 34 ad Edictum.

Facere oportere & hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret ne fiat.

Provinciales.

190. ULPIANUS, lib. 34 ad Edictum.

Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium (habent), non eos qui ex provincia oriundi sunt.

Divortium Repudium.

191. PAULUS, lib. 35 ad Edictum.

Inter devortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa divortisse dicitur: quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt.

Plurisve.

192. ULPIANUS, lib. 37 ad Edictum.

Hæc adjectio, *plurisve*, non infinitam pecuniam continet, sed modicam, ut taxactio hæc, *solidos decem plurisve*, ad minutulam summan referatur.

Quanti parel esse.

193. IDEM, lib. 38 ad Edictum.

Hæc verba, *quanti eam rem paret esse*, non ad quod interest, sed ad rei estimationem referuntur.

Donum, munus.

194. ULPIANUS, lib. 43 ad Edictum.

Inter donum et munus hoc interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse donum Labeo à donando dictum, munus speciem, nam munus esse donum cum causa, ut puta natalicium, nuptalicium.

De Sexu masculino & feminino. 1. *Familiæ.*

195. IDEM. lib. 46 ad Edictum.

Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. §. 1. Familæ appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem variè acepta est: nam & in res & in personas deducitur. † In res, ut puta in Lege XII. Tabularum his verbis *adgnatus proximus familiam* habeto. † Ad personas autem

refertur familiæ significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: *ex ea familia*, inquit, *in eam familiam.* Et hic de singularibus personis legem loqui constat. §. 2. Familiæ appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem quod aut jure proprio ipsorum, aut communi universæ cognationis continetur. ┼ Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut natura, aut jure subjectæ, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta, nepotes et neptes, et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet: recteque hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patrem familias appellamus, et cum pater familas moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subveunt: idemque eveniet & in eo, qui emancipatus est, nan & hic sui juris effectus propriam familiam habet. ┼ Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi, patrem familias mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo & gente proditi sunt. §. 3. Servitutum quoque solemus appellare familias, ut in Edicto Prætoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi Prætor loquitur de familia. Publicanorum; sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur, hujus rei causa paratum, hoc est, vectigalis causa: alia autem parte edicti omnes servi continentur; ut de hominibus coactis, et vi bonorum raptorum: item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera, aut familiæ ejus, et interdicto unde vi, familiæ apellatio omnes servos comprehendit: sed et filli continentur. §. 4. Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur: sicuti dicimus familiam Juliam, quasi à fonte quodam memoriæ. §. 5. Mulier autem familiæ suæ, et caput et finis est.

196. GAJUS, lib. 16 ad Edictum provinciale.

Familiæ appellatione et ipse princeps familiæ continetur §. 1. Fæminarum liberos in familia earum non esse palam est quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

Indicasse.

197. ULPIANUS, lib. 50 ad Edictum.

Indicase est detulisse, arguisse, accusasse, et convicisse.

Urbana Prædia.

198. IDEM, lib. 2 de omnibus tribunalibus.

Urbana prædia, omnia ædificia accipimus non solum ea, quæ sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, et in vicis: vel si prætoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum prædium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum sit urbanorum apellatione contineri. ┼ Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana.

Absens.

199. IDEM. lib. 8 de omnibus tribunalibus.

Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus, et si forte extra continentia Urbis sit, abest: cæterum usque ad continentia non abese videbitur, si non latitet. §. 1. Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui à latronibus detinetur.

Noxa.

200. JULIANUS, lib. 2 Digestorum.

Hæcstipulatio, *Noxis solutum præstari*, non existimatur, ad

eas noxas pertinere, quæ publicam exercitionem et coercitionem capitale habent.

Filius, pater.

201. IDEM, lib. 81 Digestorum.

Justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione filii, sicuti filiam familias contineri sæpe respondebimus, ita et nepos videatur comprehendi: † Et *patris* nomine avus quoque demonstrari intelligatur.

De sumptu ex voluntate testatoris faciendo.

202. ALFENUS VARUS, lib. 2 Digestorum.

Cum in testamento scriptum esset, ut heres in funere, aut in monumento duntaxat aureos centum consumeret: non licet minus consumere: si amplius vellet, licet: neque ob eam rem contra testamentum facere videtur.

Domus, usu suo.

203. IDEM, lib. 7 Digestorum.

In lege censoria portus Siciliæ ita scriptum erat: *servos, quos domo quis ducet, suo usu, pro his portorium ne dato.* Quærebatur, si quis à Sicilia servos Romam mitteret fundi instruendi causa, utrum pro his hominibus portororium dare deberet, necne? Respondit, duas esse in hac scriptura quæstiones? primam, quid esset, *domum* ducere: alteram, quid esset, *suo usu ducere.* † Igitur quæri soleret, utrum ubi quisque habitaret, sive in provincia, sive in Italia, an duntaxat in sua cujusque patria *domus* esse recte diceretur? Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset. † Quid autem esset *usu suo* magnam habuise dubitationem: et magis placet, quod victus cui causa paratum est, tantum contineri. Itemque, de servis eadem ratione quæri, qui eorum usus sui causa parati essent: utrum dispensatores, insularii, villici, atrienses, testores, operarii quoquæ rustici, qui agrorum colendorum causa haberentur, ex quibus (agris) paterfamilias fructus caperet, quibus se toleraret, omnes denique servos, quos quisque emisset ut ipse haberet, (atque eis ad aliquam rem uteretur) neque ideo emisset, ut venderet? Et sibi videri, eos demum *usus sui causa* patremfamilias habere, qui ad ejus corpus tuendum, atque ipsius cultum præprositi destinatique essent: quo in genere junctores, cubicularii, coci, ministratores, atque alii, qui ad ejusmodi usum parati essent numerarentur.

Puer.

204. PAULUS, lib. 2 Epitomarum (Alfeni).

Pueri appellatio tres significationes habet: unam, cum omnes servos pueros appellaremus: alteram, cum puerum contrario nomine puællæ diceremus: tertiam, cum ætatem puerilem demostraremus.

Pomum.

205. IDEM, lib. 4 Epitomarum Alfeni.

Qui fundum vendidit, pomum recepit: nuces et ficos, et uvas duntaxat duracinas, et purpureas, et quæ ejus generis essent, quas non vini causa haberemus, quas Græci trocsimons id est, *comestibiles* appellarent, recepta videri.

Vasa vinaria.

206. JULIANUS, lib. 6 ex Minicio.

Vinaria vasa proprie vasa torcularia esse placet: dolia autem et serias tamdiu in ea causa esse, quamdiu vinum haberent: cum sine vino esse desinerent, in eo numero non esse: quoniam ad alium usum, transferri possent: velut si frumentum in his addatur: eamdem causam amphorarum esse, ut cum vinum habeant, tum in vasis vinariis: cum inanes sint, tum extra numerum vinariorum sint: quia aliud in his addi possit.

Merx, de mangonibus.

207. AFRICANUS, lib. 3 Quæstionum.

Mercis appellatione homines non contineri, Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed benaliciarios appellari ait: et recte.

Bona.

208. IDEM, lib. 4 Quæstionum.

Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successionis et non singulas res demonstrat.

Coram.

209. FLORENTIUS, lib. 10 Institutionum.

Coram Titio aliquid facere jussus, non videtur præsente eo fecisse nisiis intelligat: itaque si furiosus, aut infans sit, aut dormiat, non videtur coram eo fecisse. † Scire autem, non etiam velle is debet: nam et invito eo recte sit, quod jussum est.

Urbanum mancipium.

210. MARCIANUS, lib. 7 Institutionum.

Is, qui natus est ex mancipiis Urbanis, et missus est in villam nutriendus, in Urbanis servis constituetur.

Fundus, œdes, area, villa, ager.

211. FLORENTINUS, lib. 8 Institutionum.

Fundi appellatione omne ædificium et omnis ager continetur: sed in usu urbana ædificia, ædes; rustica, villæ dicuntur. † *Locus* vero sine ædificio, in urbe area; rure autem ager appellatur. Idemque ager cum ædificio fundus dicitur.

Prævaricator.

212. ULPIANUS, lib. 1 de Adulteriis.

Prævaricatores eos appellamus, qui causam adversariis suis

donant, et ex parte actoris in partem rei concedunt: à varicando enim prævaricatores dicti sunt.

Cedere diem, venire diem. 1. *Æs alienum vel suum.* 2. *Lata culpa.*

213. IDEM, lib. 1 Regularum.

Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: *venire diem* significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc condictione, §. 1. *AEs alienum* est, quod nos aliis debemus: *œs suum* est, quod alii nobis debent. §. 2. *Lata culpa* est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.

Munus, donum.

214. MARCIANUS, lib. 1. Publicorum judiciorum.

Munus proprie est, quod necesarie obimus, lege, more, imperiove ejus, qui jubendi habet potestatem. † *Dona* autem proprie sunt, quæ nulla necessitate juris, officii, sed sponte præstantur: quæsi non præstentur, nulla reprehensio est: & si præstentur, plerumque laus inest: sed in summa in hoc ventum est, ut non quodcumque munus, id & donun accipiatur: at quod donum fuerit, id munus recte dicatur.

Potestas.

215. PAULUS, lib. sing. ad Leg. Fusiam Caniniam.

Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratum *imperium*, in persona liberorum *patria potestas*: in persona servi *dominium*. † At, cum agimus de noxæ deditione cum eo, qui servum non defendit: præsentis corporis copiam facultatemque significamus. † In Lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, & si ejus vindicandæ potestatem habuerit, Sabinus & Cassius ajunt.

Vinctus, Vincula.

216. ULPIANUS, lib. 1 ad Legem Ӕliam Sentiam.

Verum est, eum qui in carcere clusus est, non videri, neque vinctum, neque in vinculis esse, nisi corpori ejus vincula sint adhibita.

Cum, postquam. 1. *In diebus.*

217. JAVOLENUS, lib. 1 ex posterioribus Labeonis.

Inter illam conditionem, *cum fari potuerit*, & *postquam fari potuerit*, multum intesest: (nam) posteriorem scripturam, uberiorem esse constat, at *cum fari potuerit*, arctiorem: et id tantum modo tempus significari, quo primum fari possit. §. 1. Item ita data condictione, *Illud facito in diebus*, si nihil præterea fuisset, adjectum, in biduo conditionem impleri oportet.

Facere.

218. PAPINIANUS, lib. 27 Quœstionum.

Verbum *facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi.

De Voluntate, & verbo, heres.

219. IDEM, lib. 2 Responsorum.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, *ut ad heredem ejus, qui suscepit, pertineret*: jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit.

Liberi, filii.

220. CALLISTRATUS, lib. 2 quæstionum,

Liberorum appellatione nepotes & pronepotes, cæterique qui ex his descendunt, continentur: hos enim omnes suorum appellatione Lex XII. Tabularum comprehendit: totiens enim leges necessarium ductunt cognationem singularum nominibus uti, velut i *filii, nepotes, pronepotes* cæterorumve, qui ex his descendunt, quotins non omnibus, qui post eos sunt, præstitum voluerint: sed solis his sucurrent, quos nominatim enumerent. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus præstatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur.

§. 1. Sed et Papirius Fronto lib. 3. Responsorum ait, prædio cum villico et contubernali ejus et filiis legato, nepotes quoque ex filiis contineri, nisi voluntas testatoris aliter habeat: filii enim appellatione sœpe et nepotes accipi, multifariam placere.

§. 2. Divus quoque Marcus rescripsit, non videri sine liberis defunctum, qui nepotem suum heredem reliquit.

§. 3. Præter hæc omnia natura nos quoque docet, parentes pios, *qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum* appellatione omnes qui ex nobis descendunt, contineri: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam filii appellare: etenim idcirco filios, filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.

Falsus tutor, falsum testamentum, modius inicuus.

221. PAULUS, lib. 10 Responsorum.

Paulus respondit, *falsum tutorem* eum vere dici, qui tutor non est, sive habenti tutor datus est, sive non: sicut *falsum testamentum* quod testamentum non est: & modius iniquus qui modius non est.

Pecunia.

222. HERMOGENIANUS, lib. 2 Juris Epitomarum.

Pecuniæ nomine non solum numerata pecunia; sed omnes res, tam soli, quam mobiles, & tam corpora, quam jura, continentur.

Lata culpa. 1. *Amicus.*

223. PAULUS, lib. 2 Sententiarum.

Latæ culpæ finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt. §. 1. *Amicos* appellare debemus, non levi notitia conjunctos: sed quibus fuerint jura cum patre familias, honestis familiaritatis quæsita rationibus.

Vincula, custodia.

224. VENULEIUS, lib. 7 Stipulationum.

Vinculorum appellatione, vel privata, vel publica vincula significant: *custodiæ* vero, tantum publicam custodiam.

Fugitivus, erro. De affectu animi, & actu delinquendi.

225. TRIPHONINUS, lib. 1. Disputationum.

Fugitivus est, non is, qui solum consilium fugiendi à domino suscepit, licet id se facturum jactaverit: sed qui ipso facto fugæ initium mente deduxerit: nam et furem, adulterum, aleatorem, quamquam aliqua significatione ex animi propositione cujusque sola quis dicere posset: ut etiam is, qui nunquam alienam rem invito domino substraxerit, nunquam alienam matren familias corruperit, si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit: tamem oportere eadem hæc crimina assumpto actu intelligi: & ideo fugitivum quoque, & erronem non secumdum propositionem solam, sed cum aliquo actu intelligi constat.

Culpa, dolus.

226. PAULUS, lib. 1 Manualium.

Magna negligentia, culpa est: magna culpa, dolus est.

Heres.

227. IDEM, lib. 2 Manualium.

Ex illa parte Edicti, *eum, quem ei heredem esse oportet*, heredis heredibus bonorum possessio non defertur.

§. 1. Item in substitutione his verbis, *quisquis mihi heres erit*, proximus heres tantum significatur, imo non tantum proximus heres, sed etiam scriptus.

Municipes.

228. IDEM, lib. sing. de Cognitionibus.

Municipes intelligendi sunt, & qui in eodem municipio nati sunt.

Transacta, finita.

229. IDEM, lib. sing. de tacitis fideicommissis.

Transacta finitave intelligere debemus, non solum, quibus contraversia fuit, sed etiam, quæ sine controversia siut possessa.

230. IDEM, lib. sing. ad senatus consultum orfitianum.

Ut sunt judicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita.

De eo, qui est in utero.

231. IDEM, lib. sing. ad senatus consultum Tertullianum.

Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse: tunc verum est, cum de ipsius jure quæritur: aliis autem non prodest, si natus sit.

Pluris aureorum triginta.

232. GAJUS, lib. 1. de Verborum obligationibus.

Hæc enunciatio, *quæ sunt pluris aureorum triginta*, simul & quantitatis & æstimationis significativa est.

Calvi, calumniator, cavillatio, I. De tertio die post kalend. Januar. 2. Telum. Belos Toscuma.

233. IDEM, lib. 1. ad legem XII Tabularum.

Si calvitur et moretur: *et frustretur.* Inde & *calumniatores* appellati sunt, quia per fraudem, & frustrationem alios vexarent litibus. Inde & cavillatio dicta est. §. 1. Post kalendas januarias die tertio pro salute principis vota suscipientur. §. 2. *Telum* vulgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur. Sed nunc omne significatur, quod mititur manu. Ita sequitur, ut et lapis, et lignum, et ferrum hoc nomine contineatur. Dictumque ab eo, quod in longinquum mittitur, Græca voce figuratum *apoton telou* id est, *ab eo, quod est longe.* Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine, nam quod nos telum appellamus, illi *Belos* appellant, eoque nomine vulgo quidem id significatur quod ab arcu mittitur: sed non minus omne significatur quod (cum) mititur manu *apoton Baleszai*, id est, *à jaciendo.* Ad monet nos *Qenophon*, id est, *Xenophon*: nam ita scribit *cai ta Belc onuse eferelo lonxai tocseumata sfendonai pleis toi de cai lizoi.* Id est, *et tela simul ferebantur hastæ sagittæ*, *fundæ plurimi item lapides.* (Et id, quod ab arcu mittitur apud, Græcos quidem proprio nomine *tocseuma* (id est *sagitta*) vocatur, apud nos autem communi nomine telum appellatur).

Hostes perduelles 1. *Locuples* 2. *Vivere.*

234. IDEM, lib. 2 ad Legem XII. Tabularum.

Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adjectionem indicantes, cum quibus bellum esset.

§. 1. *Locuples* est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei quam actor restituendam esse petit.

§. 2. Verbum *vivere* quidam putant ad cibum pertinere: sed Ofilius ad Atticum ait, his verbis et vestimenta et stramenta contineri, sine his enim vivere neminem posse.

Ferri, portari, agi 1. *Fabri Tignarii.*

235. IDEM, lib. 3 ad legem XII. Tabularum.

Ferri proprie dicimus, quæ quis suo corpore bajulat: portari ea, quæ quis jumento secumducit: *agi ea* quæ animalia sunt.

§. 1. *Fabros tignarios* dicimus non eos duntaxat, qui tigna dolarent: sed omnes qui ædificarent.

Venenum Farmacon 1. *Glans acrodrua.*

236. IDEM, lib. 4 ad legem XII. Tabularum.

Qui *venenum* dicit, adjicere debet, utrum malum, an bonum: nam et medicamenta venena sunt: quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum, naturam ejus cui adhibitum esset, mutat: cum id, quod nos venenum appellamus, Græci *farmacon* dicunt: apud illos quoque tam medicamenta, quam quæ nocent hoc nomine continentur: unde adjectione alterius nominis distintio sit: ad monet nos summus apud eos poetarum Homerus: nam sic ait. *Farmaca pola men erzla memigmena pola delügra* id est, *venena multa quidem bona mixta, multa autem mala.*

§. 1. *Glandis* appellatione omnis fructus continetur, ut Javolemis ait, exemplo Græci sermonis, apud quod omnes arborum species *acrodrua* (id est, *stremitates arborum*) appellàntur.

De duobus verbis negativis.

237. IDEM, lib. 5 ad legem XII. Tabularum.

Duobus negativis verbis quasi permittit lex magis quam prohibuit: idque etiam Servius animadvertit.

Plebs. 1. *Detestatum* 2. *Pignus* 3. *Noxia*

238. IDEM, lib. 6 ad Legem XII. Tabularum.

Plebs est cœteri cives sine Senatoribus.

§. 1. *Detestatum* est testatione denunciatum.

§. 2. *Pignus* appellatum à pugno: quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei movilis constitui.

§. 3. *Noxiæ* appellatione omne delictum continetur.

Pupillus, 1. *Servus*, 2. *Incola, paooicos* § 3. *Munus publicum.* 4. *Advena. apoicos*, § 5. *Decuriones.* 6. *Urbs*, *urbare*, *urbum*, 7. *Oppidum*, 8. *Territorium*, 9. *Suum.*

239. POMPONIUS, lib. sing. Enchiridii.

Pupillus est, qui cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte, ut emancipatione. §. 1. *Servorum* appellatio ex eo fluxit, quod imperatores (nostri) captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent. §. 2. Incola est, qui aliqua regione domicilium suum contulit: quem Græci *paroicon*, (id est, *justa habitatem*) appellant. Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolæ sunt: sed etiam, qui alicujus oppidi, finibus ita agrum habent, ut in eum se, quasi in aliquam sedem, recipiant. §. 3. *Munus publicum* est officium privati hominis, ex quo commodum ad singulos, universosque cives, remque eorum imperio magistratus extraordinarium pervenit. §. 4. Advena est, quem Græci *apoicon*, id est, *domo profugum*, *colonum advenientem* appellant. §. 5. Decuriones quidam dictos ajunt ex eo, quod initio, cum coloniæ deducerentur, decima pars eorum, qui ducerentur consilii publici gratia conscribi solita sit. §. 6. *Urbs* ab urbo appellata est: urbare est aratro definire: et Varus ait, urbum appellari curbaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet. §. 7. *Oppidum* ab ope dicitur, quod ejus rei causa mænia sint constituta. §. 8. *Territorium* est, universitas agrorum intra fines cujusque civitatis: quod ab eo dictum quidam ajunt, quod Magistratus ejus loci intra eos fines terrendi, id est, submovendi jus habet. §. 9. Verbum *suum* ambiguum est, utrum de toto, an de parte significat: et ideo, quis jurat, suum non esse, adjicere debet, neque sibi commune esse.

Soluto matrimonio.

240. PAULUS, ex libris sex, libro primo imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum.

Cum quærebatur, an verbum: *soluto matrimonio dotem reddi* non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de

hoc quoque casu contrahentes sentiant? et multi putabant hoc sensisse: et quibusdam aliis contra videbatur: secundum hoc motus Imperator pronuntiavit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.

Ruta cæsa.

241. QUINTUS MUCIUS SCŒVOLA, libro singulari. *orôn*

In *rutis cæsis* ea sunt, quæ terra non tenentur, quæque opere structili, tectoriove non continentur.

Pars navis. 1. *Projectum immissum.* 2. *Pars ædificii.* 3. *Vidua*, *vecors*, *vesanus* 4. *Pars ædium.*

242. JAVOLENUS, lib. 2 ex posterioribus Labeonis.

Malum navis esse partem, *artemonem* autem non esse, Labeo ait: quia plæræque naves sine malo inutiles esent, ideoque pars navis habetur: artem autem magis adjectamento, quam pars navis est. §. 1. Inter *projectum et immissum* hoc interesse ait, Labeo: quod projectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia mæniana, et suggrunda essent: immisum autem quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quæ immitterentur. §. 2. *Plumbum*, quod tegulis poneretur, ædificii esse, ait Labeo: sed id, quod hypæthri tegendi causa ponererur, contra esse. §. 3. *Viduam* non solum eam, quæ aliquando nupta fuiset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, apellari ait Labeo: quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vesanus, qui sine corde, aut sanitate esset: similiter viduam dictam esse, sine duitate. §. 4. Straturam loci alicujus ex tabulis factis, quæ æstate tollerentur, et hyeme ponerentur; ædium esse, ait Labeo quoniam perpetui usus paratæ essent: neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur.

Libertus.

243. SCŒVOLA, lib. 18 Digestorum.

Scævola respondit: semper acceptum est, ut libertorum apellatione etiam hi contineri intelligantur, qui eodem testamento vel

posteriore loco manumitterentur: nisi manifeste is, á quo preterentur, contra defuncti voluntatem doceret peti.

Pœna, mu lta

244. LABEO, lib. 4 Pithanon á Paulo Epitomatorum.

Si qua pœna est, multa est: si qua multa est: pœna est. Paulus' Utrumque eorum falsum est: namque harum rerum disimilitudo ex hoc quoque apparet, quod de pœna provocatio non est: simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus pœna est statuta statin ea debetur: at multæ provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum, aut provocator victus est: nec aliter quam si his dixit, cui dicere licet. Ex hoc quoque earum rerum dissimilitudo apparere poterit: quia pœna certe singulorum pecatorum sunt; multæ contra: quia ejus judicis potestas est, quantam dicat (nisi cum lege est constitutum, quantam dicat).

Pars ædium.

245. POMPONIUS, lib. 10 *Epistolarum.*

Statuæ adfixæ vasibus structilibus, aut tabulæ relegatæ catenis, aut erga parietem adfixæ, aut si similiter coherent lictusi, non sunt ædium: ornatus enim ædium causa parantur, non quo ædes perficiantur. §. 1. Idem Labeo ait: Prothyrum quod in ædibus (interim qui) fieri solet, ædium est.

Exhibere. 1. Restituere.

246. IDEM, lib. 16 Epistolarum.

Apud Labeonem Pithanon ita scriptum est. *Exhibet*, qui præstat ejus, de quo agitur, presentiam: nam etiam qui sistit, præstat ejus, de quo agitur, presentiam, nec tamen (eum) exhibet, & qui mutum aut furiosum, aut infautem exhibet: non potest videri ejus præstare presentiam: nemo enim ex eo genere præsens satisdate appellari potest. §. 1. *Restituit* non tantum qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem conditionemque reddita causa præstet, et tota restitutio juris est interpretatio.

DIGESTORUM LIB. L.

TIT. XVII.

DE (DIVERSIS) REGULIS JURIS ANTIQUI.

De regula.

1. PAULUS, (lib. 16 ad Plautium).

Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat. ✝ Non (ut) ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. ✝ Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, (ut ait Sabinus) quasi causa conjectio est: quæ, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

De fœminis. 1. de impubere.

2. ULPIANUS, lib. 1. ad Sabinum.

Fœminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotæ sunt: et ideo nec judices esse possunt, nec Magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere. §. 1. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.

Non nolle, velle.

3. IDEM, lib. 3 ad Sabinum.

Ejus est non nolle, qui potest velle.

4. IDEM, lib. 6 ad Sabinum.

Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris, vel domini

De furioso & Pupillo.

5. PAULUS, lib. 2 ad Sabinum.

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari posunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest: pupillus omnia, tutore auctore, agere potest.

De eo, qui ad alium vult transferre hereditatem.

6. ULPIANUS, lib. 7 ad Sabinum.

Non vult heres esse, qui ad alium transferre veluti hereditatem.

De testato & intestato.

7. POMPONIUS, lib. 3 ad Sabinum.

Jus nostrum non patitur eundem in paginis, & testato & intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est (testatus & intestatus).

De jure sanguinis.

8. IDEM. lib. 4 ad Sabinum.

Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.

De obscuris.

9. ULPIANUS, lib. 15 ad Sabinum.

Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

De commodis & incommodis.

10. PAULUS, lib. 3 ad Sabinum.

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.

De traslatione dominii.

11. POMPONIUS, lib. 5 ad Sabinum.

Id quod nostrum est, sine facto nostro ad allium transferri non potest.

De interpretatione testamentorum.

12. PAULUS, lib. 3 ad Sabinum.

In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

De effectu exceptionis.

13. ULPIANUS. lib. 19 ad Sabinum.

Non videtur cepisse, qui per exceptionem (á petitione) removetur.

De die obligationis.

14. POMPONIUS, lib. 5 ad Sabinum.

In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur.

De effectu actionis.

15. PAULUS, lib. 4 ad Sabinum,

(Is), qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

De imaginaria venditione.

16. ULPIANUS, lib. 21 ad Sabinum.

Imaginaria venditio non est pretio accedente.

De tempore.

17. IDEM, lib. 23 ad Sabinum.

Cum tempus in testamento adjicitur: credendum est pro herede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur.

De acquisitione.

18. POMPONIUS, lib. 6 ad Sabinum.

Quæ legata, mortuis novis, ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu adquirimus: aliter atque quod stipulati sumus, nam et sub conditione stipulantes, omnimodo eis adquirimus, etiamsi, liberatis nobis potestate domini, condictio existat.

Quod tempus in stipulationibus spectatur.

Paulus.

Si filius-familias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde extiterit condictio, patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

De conditione contrahentis vel legatarii I. De doli exceptione.

19. ULPIANUS, lib. 24 ad Sabinum.
Qui cum alio contrait, vel, est, ved debet esse non ignorus conditionis ejus: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit. §. 1. Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non refragatur.

De favore libertatis.

20. POMPONIUS, lib. 7 ad Sabinum.
Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.

De eo, quod est plus vel minus.

21. ULPIANUS, lib. 27 ad Sabinum.
Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.

De servis. I. De conditione in arbitrium domini vel procuratoris ejus collata.

22. IDEM, lib. 28 ad Sabinum.
In personam servilem nulla cadit obligatio. §. 1. Generaliter probandum est, ubicunque in bonæ fidei judicis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

De dolo, culpa, diligentia & casu.

23. IDEM, lib. 29 ad Sabinum.
Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam & dolum, & culpam: dolum tantum, depositum & precarium. dolum & culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela negotia gesta (in his quidem, & diligentiam). Societas & rerum communio, & dolum, & culpam recipit. Sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit: excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus præstætur; hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est: & ita utimur. Animaliun vero casus, mortes quæque sine culpa accidunt, fugæ servorum, qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus predonum à nullo præstantur.

De eo quod interest.

24. PAULUS, lib. 5 ad Sabinum.
Quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit.

De cautione.

25. POMPONIUS, lib. 11 ad Sabinum.
Plus cautionis in re est, quam in persona.

26. ULPIANUS, lib. 30 ad Sabinum.
Qui potest invitis alienare, multo magis, & ignorantibus, & absentibus potest.

De pactis. De causis obligationum. De modo actionum.

27. POMPONIUS, lib. 16 ad Sabinum.
Nec ex Prætorio, nec ex solemni jure, privatorum conventione quicquam immutandum est: quamvis obligationum causæ factione

possint immutari, et ipsò jure et per pacti conventi exceptionem: quia actíonum modus, vel lege, vel per prætorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur: nisi tunc, cum inchoatur actio inter eos convenit.

De his, qui ex liberalitate conveniuntur.

28. ULPIANUS, lib. 36 ad Sabinum.
Divus Pius recripsit, eos qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos.

De eo, quod initio vitiosum est.

29. PAULUS, lib. 8 ad Sabinum.
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

De nuptiis.

30. ULPIANUS, lib 36 ad Sabinum.
Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

De factis: de eo, quod est impossibile.

31. IDEM, lib. 42 ad Sabinum.
Verum est, neque pacta, neque stipulationes, factum posse tollere: quod enim impossibille est, neque pacto, neque stipulatione, potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

De servis, de hominum æqualitate.

32. IDEM, lib. 43 ad Sabinum.
Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali: quia, quod ad jus naturale atinet, omnes homines æquales sunt.

De actore et reo.

33. POMPONIUS, lib. 22 ad Sabinum.
In eo, quod vel is, qui petit, vel is, à quo petitur, lucri facturus est, durior causa est petitoris.

De interpretatione contractuum.

34. ULPIANUS, lib. 45 ad Sabinum.
Semper in stipulationibus, & in cœteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, qua varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est.

Quibus moris tollitur obligatio

35. IDEM, lib. 48 ad Sabinum.
Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque disolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu disolvitur.

De culpa.

36. POMPONIUS, lib. 27 ad Sabinum.
Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti.

De condemnatione & absolutione

37. ULPIANUS, lib. 51 ad Sabinum.
Nemo, qui condemnare potest, absolvere non potest.

De herede.

38. POMPONIUS, lib. 19 ad Sabinum.
Sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat: ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

De eo quod per alium stat, quominu s fiat.

39, IDEM, lib. 32 ad Sabinum.

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium moræ sit, quominus fiat.

De furioso & Prodigo.

40. IDEM, lib. 34 ad Sabinum.

Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

De actore & reo 1. *De re obscura.*

41 ULPIANUS, lib. 26 ad Edictum.

Non debet actori licere, quod reo non permittitur.

§. 1. In re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.

De ignorantia.

42. GAJUS, lib. 9 ad Edictum provinciale.

Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiæ an id quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam heredes, justam ignorantiam possunt alegare. † Hæc ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur: non etiam, si agat: nam plane, qui agit, certus esse debet: cum sit in potestate ejus, quando velit, experiri: & ante debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere.

De concurrentibus defensionibus. 1. *vel actionibus.*

43. ULPIANUS, lib. 28 ad Edictum.

Nemo ex is, qui negant, se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.

§. 1. Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

De herede.

44. IDEM, lib. 29 ad Edictum.

Toties in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quoties ex dolo defuncti convenitur; non quoties ex suo.

De pignore, deposito, precario, emptione, locatione. I. De conventionibus.

45. IDEM, lib. 30 ad Edictum.

Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio, rei suæ consistere potest.

§. 1. Privatorum conventio juri publico non derogat.

De pœna.

46. GAJUS, lib. 10 ad Edictum provinciale.

Quod à quoquo pœnæ nomine exactum est, id eidem restituere memo cogitur.

De consilio. I. De sociis.

47. ULPIANUS, lib. 30 ad Edictum.

Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: cœterum si dolus, et calliditas intercessit, de dolo actio competit. §. 1. Socii mei socius, meus socius non est.

De calore iracundiæ. De divortio.

48. PAULUS, lib. 35 ad Edictum.

Quidquid (in) calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse: ideoque brevi reversa uxor, nec divertisse videtur.

De circunventione.

49. ULPIANUS, lib. 35 ad Edictum.

Alterius circunventio aliis non prebet actionem.

50. PAULUS, lib. 39 ad Edictum.

Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.

Capere.

51. GAJUS, lib. 15 ad Edictum provinciale.

Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est, alii restituere.

Non defendere.

52. ULPIANUS, lib. 44 ad Edictum.

Non defendere videtur, non tantum qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.

De solutione indebiti.

53. PAULUS, lib. 42 ad Edictum.

Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.

De juris translatione.

54. ULPIANUS, lib. 46 ad Edictum.

Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

De eo, qui suo jure utitur.

55. GAJUS, lib. 2 de testamentis ad Edictum Urbicum.

Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.

De dubiis.

56. IDEM, lib. 3 de legatis ad Edictum Urbicum.

Semper in dubiis benigniora præferenda sunt.

Ne bis exigatur.

57. IDEM, lib. 18 ad Edictum provinciale.

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

De peculio.

58. ULPIANUS, lib. 2 Disputationum.

Ex pænalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.

De herede.

59. IDEM, lib. 3 Disputationum.

Heredem ejusdem potestatis, jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.

Mandati.

60. IDEM, lib. 10 Disputationum.

Semper qui non prohibet pro se intervenise, mandare creditur.

† Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est: obstringitur mandati actione.

De refectione domus.

61. IDEM, lib. 3 Opinionum.

Domum suam reficere unicuique licet, dum non officiat invito alteri, in quo jus non habet.

De hereditate.

62. JULIANUS, lib. 3 Digestorum.

Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit.

De mora.

63. IDEM, lib. 16 Digestorum.

Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

De his, quæ raro accidunt.

64. IDEM, lib. 29 Digestorum.

Ea quæ raro accidunt, non temere (in) agendis negotiis computantur.

De cavillatione, seu sorite.

65. IDEM, lib. 54 Digestorum.

Ea es natura cavillationis, quam Græci *Soreïtin* (id est *acerbalem sillogismum*) appellant, ut ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea, quæ evidenter falsa sunt, perducatur.

De exceptione.

66. IDEM, lib. 60 Digestorum.

Marcellus: definit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem justam, nec ab equitate naturali abhorrentem.

De sermone ambiguo.

67. IDEM, lib. 87 Digestorum.

Quoties idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior est.

De beneficiis.

68. PAULUS, lib. singul. de dotis repetitione.

In omnibus causis id observatur: ut, ubi personæ condictio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii.

69. IDEM, lib. sing. de adsignatione libertorum.

Invito beneficium non datur.

De potestate gladii, vel altenus coercitionis.

70. ULPIANUS, lib. 2 de officio proconsulis.

Nemo potest gladii potestatem sibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad alium transferre.

Quæ per libellum expediri non possunt.

71. IDEM, lib. 2 de Officio proconsulis.

Omnia, quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt.

De jure pignorandi.

72. JAVOLENUS, lib. 3 ex posterioribus Labeonis.

Fructus rei est vel pignori dare licere.

1. *De tutela & hereditate.* 2. *De vi & clam.* 3. *De his, quæ in testamento intelligi non possunt.* 4. *Extraneo caveri non posse.*

73. QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, lib. singul. *Oron.*

Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi cum fæminæ heredes intercedunt. §. 1. Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisit. §. 2. Vi factum id videtur esse, qua de re quis, cum prohibetur, fecit; clam, quod quisque, cum controversiam haberet, habiturum se putaret, fecit, §. 3. Quæ in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint: perinde sunt, ac si scripta, non essent. §. 4. Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Ne cui per alium iniqua condictio inferatur.

74. PAPINIANUS, lib. 1 quæstionum.

Non debet alteri per alterum in qua conditio inferri.

De mutatione consilii.

75. IDEM, lib. 3 Questionum.

Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.

De his, quæ animi destinatione agenda sunt.

76. IDEM, lib. 24 Quæstionum.

In totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt.

De actibus legitimis. De tacito & expresso.

77. IDEM, lib. 28 Quæstionum.

Actus legitimi, qui recipiunt diem, vel condictionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectione: nonunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quæ aperte comprehensa vitium adferrunt: nam si aceptum fereatur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit: quæ si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius nomenᵗ faciet actum.

De fraude.

78. IDEM. lib. 31 Quæstionum.

Generaliter cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed qui per adversarium habere non potuerit, considerandum est.

79. IDEM, lib. 32 Quæstionum.

Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.

De genere et specie.

80. IDEM, lib. 33 Quæstionum.

In toto jure generi per speciem derrogatur, et alliud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

De his quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inferuntur.

81. IDEM, lib. 3 Responsorum.

Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inferuntur, jus commune non lædunt.

De donatione.

82. IDEM, lib. 9 Responsorum.

Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.

De amissione.

83. IDEM, lib. 2 Definitionum.

Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit.

Si amplius solutum sit, quam debebatur. 1. De naturali obligatione.

84. PAULUS, lib. 3 Quæstionum.

Cum amplius solutum est, quam debebatur, cujus pars non invenitur, quæ repiti possit, totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione. §. 1. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

De dote. 1. De his, quæ ad eum casum pervenerunt: á quo non possint initium capere. 2. Si æquitate desiderii naturalis ratio, aut dubitatio juris moretur.

85. IDEM, lib. 6 Quæstionum.

In ambiguis pro dótibus respondere melius est.

§. 1. Non est novum, ut, quæ semel utiliter constituta sunt,

durent, licet ille casus extiterit, á quo initium capere non potuerunt.

§. 2. Quoties equitate desiderii naturalis ratio, aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est.

De litis contestatione.

86. IDEM, lib. 7 Quæstionum.

Non solet deterior condictio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerumque melior.

87. IDEM, lib. 13 Quæstionum.

Nemo enim in pirsequendo deteriorem causam, sed meliorem facit. Denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et heres tenetur ex omnibus causis.

De mora.

88. SCŒVOLA, lib. 5 Quæstionum.

Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

De succesione ex testamento vel ab intestato.

89. PAULUS, lib. 10 Quæstionum.

Quandiu possit valere testamentum, tandiu legitimus non admititur.

De æquitate.

90. IDEM, lib. 15 Quæstionum.

In omnibus quidem; maxime tamen in jure æquitas spectanda est.

De succesione.

91. IDEM, lib. 17 Quæstionum.

Quoties duplici jure defertur alicui succesio: repudiato novo jure, quod ante defertur, supererit vetus.

De errore librarii in transcribendo.

92. SCÆVOLA, lib. 5 Responsorum.

Si librarius in transcribendis stipulationis verbis errasset, nihil nocere, quominus et reus et fideijussor teneatur.

De possesione rei peculiaris.

93. MÆCIANUS, lib 1 Fideicommissorum.

Filius familias neque retinere (neque recuperare), neque apisci possessionem rei peculiaris videtur.

De his, quæ abundant.

94. ULPIANUS, lib. 2 Fideicommissorum.

Non solent, quæ abundant, vitiare scripturas.

De eo, qui defenditur.

95. IDEM, lib. 6 Fideicommissorum.

Nemo dubitat, solvendo videri eum, qui defenditur.

De ambiguis orationibus.

96. MÆCIANUS, lib. 12 Fideicomissorum.

In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda (est) ejus qui has protulisset.

De bonis deportati.

97. HERMOGENIANUS, lib. 3 Juris Epitomarum.

Ea sola deportationis sententia aufert, quæ ad fiscum perveniunt,

De lucro.

98. IDEM, lib. 4 Juris Epitomarum.
Quotiens utriusque causa lucri ratio vertitur, is preferendus est, cujus in lucrum causa tempore precedit.

De eo, qui ignorat quantum solvere debeat.

99. VENULEJUS, lib. 12 Stipulationum.
Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat.

Quibus modis contractus, vel obligatio tollitur.

100. GAJUS, lib. 1 Regularum.
Omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt.

De duobus mensibus.

101. PAULUS, lib. sing. de cognitionibus.
Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est: ita enim et imperator Antonus cum divo patre suo rescripsit.

Qui adversus Edictum facere dicatur. 1. De actione deneganda.

102. ULPIANUS, lib. 1 ad Edictum.
Qui vetante prætore fecit, hic adversus Edictum fecisse proprie dicitur.
§. 1. Ejus est actionem denegare, qui possit et dare.

Neminem de domo sua extrahi.

103. PAULUS, lib. 1 ad Edictum.
Nemo de domo sua extrahi debet.

De judiciis famosis & pecuniariis.

104. ULPIANUS, lib. 2 ad Edictum.
Si in duabus actionibus alibi summa major, alibi infamia est, præponenda est causa existimationis. Ubi autem æquiparant famosa judicia, et si summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt.

De causæ cognitione.

105. PAULUS, lib. 1 ad Edictum.
Ubicunque causæ cognitio est, ibi Prœtor desideratur.

De libertate.

106. IDEM, lib. 2 ad Edictum.
Libertas inæstimabilis res est.

De servo.

107. GAJUS, lib. 1 ad Edictum provinciale.
Cum servo nulla actio est.

De judiciis pœnalibus.

108. PAULUS, lib. 4 ad Edictum.
Fere in omnibus pœnalibus judiciis et ætati et imprudentiæ succurritur.

De eo, qui non prohibet.

109. IDEM, lib. 5 ad Edictum.
Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere (non) potest.

De eo, quod est plus vel minus. 1 De expromissore alienæ rei. 2 De pupillo. 3 De verbis non conjunctis. 4 De mulieribus.

110. IDEM, lib. 6 ad Edictum.

In eo, quod plus sit, semper inest et minus. §. 1. Neque alienæ rei expromisor idoneus videtur, nisi si cum satisdatione. §. 2. Pupillus pati posse non intelligitur. §. 3. Ubi verba conjuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum. §. 4. Mulieribus tunc sucurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur.

De pupillo. 1. De herede. De actionibus pœnalibus.

111. GAJUS, lib. 2 ad Edictum provinciale.
Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriæ faciendæ. §. 1. In heredem non solent actiones transire, quæ pœnales sunt ex maleficio: veluti furti, damni injuriæ, vi bonorum raptorum, injuriarum.

De actione non competente. De esceptione.

112. PAULUS, lib. 8 ad Edictum.
Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

De toto & parte.

113. GAJUS, lib. 3 ad Edictum provinciale.
In toto et pars continetur.

De obscuris.

114. PAULUS, lib. 9 ad Edictum.
In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

Qui videtur cepisse. 1. Seu accepisse.

115. IDEM, lib. 10 ad Edictum.
Si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse. §. 1

Non potest videri accepise, qui stipulatus potest exceptione summoveri.

De consensu, vi, metu 1. De eo, qui jus publicum sequitur. 2. De consensu & errore.

116. ULPIANUS, lib. 11 ad Edictum.
Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonæ fidei judicia sustinet, quam vis, atque metus: quem comprobare, contra bonos mores est. §. 1. Non capitur, qui jus publicum sequitur. §. 2. Non videntur, qui errant, consentire.

De bonorum possessore.

117. PAULUS, lib. 11 ad Edictum.
Prætor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet

De usucapione, de possessione.

118. ULPIANUS, lib. 12 ad Edictum.
Qui in servitute est, usucapere non potest: nam cum possideatur, possidere non videtur.

De alienatione.

119. IDEM, lib. 13 ad Edictum.
Non alienat, qui duntaxat omittit possessionem.

De herede.

120. PAULUS, lib. 12 ad Edictum.
Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit.

De eo, qui non facit, quod facere debet, vel facit, quod facere non debet.

121. PAULUS, lib. 13 ad Edictum.

Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est.

De libertate.

122. GAJUS, lib. 5 ad Edictum provinciale.
Libertas omnibus rebus favorabilior est.

An quis pro alio lege agere possit. 1. De temporaria permutatione.

123. ULPIANUS, lib. 14 ad Edictum.
Nemo alieno nomine lege agere potest. §. 1. Temporaria permutatio jus provinciæ non innovat.

De muto, surdo. 1. Furioso.

124. PAULUS, lib. 16 ad Edictum.
Ubi non voce, sed præsentia opus est, mutus, si intellectum habet, potest videri respondere. Idem in surdo: hic quidem (&) respondere potest. §. 1. Furiosus absentis loco est: et ita Pomponius lib. 1. Epistolarum scribit.

De actore & reo.

125. GAJUS, lib. 5 ad Edictum provinciale.
Favorabiliores rei potius quam actores habentur.

De eo, qui pretium numeravit. 1. De acquisitione liberti. 2. De petitore & possessore.

126. ULPIANUS, lib. 15 ad Edictum.
Nemo prædo est, qui pretium numeravit. §. 1. Locupletior non est factus, qui libertum adquissierit. §. 2. Cum de lucro duorum quæratur: melior est causa posidentis.

De herede convento in id, quod ad eum pervenit.

127. PAULUS, lib. 20 ad Edictum.
Cum Prætor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit: sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.

De petitore et possessore. 1. De successoribus.

128. IDEM, lib. 19 ad Edictum.
In pari causa possessor potior haberi debet. §. 1. Hi, qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur.

De eo qui suum recipit. 1. de principali et accessorio.

129. IDEM, lib. 21, ad Edictum.
Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit. §. 1. Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent.

De concurrentibus actionibus.

130. ULPIANUS, lib. 18 ad Edictum.
Nunquam actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

De eo qui dolo desiit possidere.

131. PAULUS, lib. 22 ad Edictum.
Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur; quia pro possessione dolus est.

De imperitia.

132. GAJUS, lib. 7 ad Edictum provinciale.
Imperitia culpæ adnumeratur.

De servis.

133. IDEM, lib. 8 ad Edictum provinciale.

Melior condictio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.

Quomodo creditores fraudantur. 1. De delicto.

134. ULPIANUS, lib. 21 ad Edictum.

Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur á debitore: sed cum quid de bonis diminuitur. §. 1. Nemo ex suo delicto meliorem suam condictionem facere potest.

De his, quæ dari non possunt, vel in rerum natura non sunt.

135. IDEM, lib. 23 ad Edictum.

Ea, quæ dari impossibilia sunt, vel quæ in rerum natura non sunt, pro non adjectis habentur.

De bona fide possidente, et de veritate.

136. PAULUS, lib. 18 ad Edictum.

Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

137. ULPIANUS, lib. 25 ad Edictum.

Qui auctore judice comparavit, bonæ fidei possessor est.

De aditione cum tempore mortis contiuuenda. 1. De æstimatione delicti.

138. PAULUS. lib. 27 ad Edictum.

Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. §. 1. Nunquam crescit ex post facto præteriti delicti æstimatio.

De actionibus perpetuandis. 1. De eo, quod auferri potest.

139. GAJUS, lib. ad Edictum Prætoris Urbani.

Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent. §. 1. Non videtur perfecte cujusque id esse, quod ex causa auferri potest.

De absentia reip. causa.

140. ULPIANUS, lib. 56 ad Edictum.

Absentia ejus, qui reipublicæ causa abest, neque ei, neque alii, damnosa esse debet.

De jure singulari. 1 de heredibus.

141. PAULUS, lib. 54 ad Edictum.

Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia. §. 1. Uni duo pro solido heredes esse non possunt.

De eo, qui tacet.

142. IDEM, lib. 56 ad Edictum.

Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare.

De contrahentibus, et eorum succesoribus.

143. ULPIANUS, lib. 62 ad Edictum.

Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat: et succesoribus eorum obstabit.

De licito et honesto. 1. de tempore in stipulationibus spectando.

144. PAULUS, lib. 62 ad Edictum.

Non omne, quod licet honestum est: §. 1. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

An quis fraudare dicatur.

145. ULPIANUS, lib. 66 ad Edictum.

Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.

De eo, quod quis egit ante libertatem.

146. PAULUS, lib. 62 ad Edictum.

Quod quis, dum servus est, egit: proficere libero facto non potest.

De generalibus et specialibus.

147. GAJUS, lib. 24 ad Edictum provinciale.

Semper Specialia generalibus insunt.

De eo, cujus effectus omnibus prodest.

148. PAULUS, lib. 16 Brevis Edicti.

Cujus effectus omnibus prodest, ejus et partes ad omnes pertinent.

De lucro, ex persona alterius.

149. ULPIANUS, lib. 67 ad Edictum.

Ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum præstare debet.

De eo, qui possidet, vel habet: aut dolo desit possidere, vel habere.

150. IDEM, lib. 68 ad Edictum.

Parem esse condictionem oportet ejus, qui quid posideat, vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum sit, quo minus posidere, vel haberet.

De damno.

151. PAULUS, lib. 64 ad Edictum.

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

De vi. 1. De mandato. De ratihabitione. 3. De herede.

152 ULPIANUS, lib. 69 ad Edictum.

Hoc jure utimur: ut, quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicæ, aut (in vis) privatæ crimen incidat. §. 1. Dejicit et

qui mandat. §. 2. In maleficio ratihabitio mandato comparatur. §. 3. In contractibus, quibus doli præstatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.

De obligatione, liberatione, acquisitione, amissione et possessione.

153. PAULUS, lib. 65 ad Edictum.

Fere, quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

De petitore et possessore, de dolo. 1. De pœna.

154. PAULUS, lib. 70 ad Edictum.

Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessioris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori. *Aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.* §. 1. Illi debet permitti pœnam petere, qui in ipsam non incidit.

Cui factum nocet. 1. De eo, qui jure suo utitur. 2. De causis penalibus.

155. PAULUS, lib. 65 ad Edictum.

Factum cuique suum, non adversario nocere debet. §. 1. Non videtur vim facere, qui jure suo utitur, et ordinaria actione experitur. §. 2. In pœnalibus causis benignius interpretandum est.

Invitum non defendere. 1. De actione et exceptione. 2. De eo qui in alterius locum sucessit. 3. De auctore et emptore. 4. De invito.

156. ULPIANUS, lib. 70 ad Edictum.

Invitus nemo (rem) cogitur defendere. §. 1. Cui damus actio-

nes, eidem et esceptionem competere multo magis quis dixerit §. 2. Cum quis in alii locum sucesserit: non est equum, ei nocere hoc, quod adversus eum nocuit, in cujus locum sucessit. §. 3. Plerumque emptoris eadem causa esse debet circa petendum ac defendendum, quæ fuit auctoris. §. 4. Quod cuique (pro eo) præstatur, invito non tribuitur.

De servis. 1. De eo, qui dolo fecit, quominus haberet. 2. De successoribus.

157. IDEM, lib. 70 ad Edictum.

Ad ea, quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui viæ dominorum sunt (veluti tutoribus et curatoribus) obtemperaverint. §. 1. Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. §. 2. In contractibus successores ex dolo eorum, (quibus,) successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est, unusquisque pro ea parte, qua heres est.

De pignore.

158. GAJUS, lib. 26 ad Edictum provinciale.

Creditor, qui permittit rem venire, pignus demittit.

Differentia obligationis & dominii.

159. PAULUS, lib. 71 ad Edictum.

Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.

Differentia inter vendere & vendenti consentire. 1. De eo, quod fit per majorem partem. 2. De jure legatarii.

160. ULPIANUS, lib. 76 ad Edictum.

Aliud est vendere, aliud vendenti consentire. §. 1. Refertur ad universos, quod publice sit per majorem partem. §. 2. Absurdum est, plus juris habere (eum), cui legatus sit fundus, quam heredem, aut ipsum testatorem, si viveret.

De eo, per quem factum est, quominus condictio impleatur.

161. IDEM. lib. 77 ad Edictum.

In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest, conditione non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuiset, quod ad libertatem et legata, et ad heredum institutiones perducitur: quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quominus stipulatur conditioni pareret

De recepti propter necesitatem.

162. PAULUS, lib. 70 ad Edictum.

Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.

De donatione, venditione, concessione.

163. ULPIANUS, lib. 55 ad Edictum.

Cujus est donandi, eidem et vendendi, et concedendi jus est.

De heredibus & judiciis pœnalibus.

164. PAULUS, lib. 51 ad Edictum.

Pœnalia judicia semel acepta in heredes transmitti possunt.

De eo, qui alienat vel alienanti consentit.

165. ULPIANUS, lib. 53 ad Edictum.

Cum quis possit alienare, poterit et consentire alienationi ✝ Cui autem donare non conceditur, probandum erit, nec si donationis causa consenserit, ratam ejus voluntatem habendam.

De defensore rei alienæ.

166. PAULUS, lib. 48 ad Edictum.

Qui rem alienam defendit, numquam locuples habetur.

De his, quæ accipientis non fiunt. 1. *De jussu judicis.*

167. IDEM, lib. 49 ad Edictum.

Non videntur data, quæ eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt. §. 1. Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet.

De obscuris.

168. IDEM, lib. 1 ad Plautium.

Rapienda ocasio est, quæ præbet benignius responsum. §. 1. Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem.

De damno. De eo, quod pendet.

169. IDEM, lib. 2 ad Plautium.

Is damnum dat, qui jubet dare: ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. §. 1. Quot pendet, non est pro eo, quasi sit.

De facto ajudice.

170. IDEM, lib. 4 ad Plautium.

Factum à judice, quod ad officium ejus non pertinet ratum non est.

De obligatione.

171. IDEM, lib. 4 ad Plautium.

Nemo ideo obligatur, quia recepturus est ab alio, quod præstiterit.

De ambiguis.

172. IDEM, lib. 5 ad Plautium.

In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est. §. 1. Ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actoris sit.

De his, qui condemnantur in id, quod facere possunt. 1. *De restitutione.* 2. *De mora.* 3. *De eo, qui petit quod redditurus est.*

173. IDEM, lib. 6 ad Plautium.

In condemnatione personarum, quæ in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. §. 1. Cum verbum *restituas lege* invenitur, et si non specialiter de fructibus addictum est, tamen etiam fructus sunt restituendi. §. 2. Unicuique sua mora nocet: quod et in duobus reis promittendi observatur. §. 3. Dolo facit, qui petit, quod rediturus est.

Posse. 1. *De repudiatione.*

174. IDEM, lib. 8 ad Plautium.

Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur. §. 1. Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiar non potest.

De servis. 1. *De eo, qui in jus alterius succedit.*

175. IDEM, lib. 11 ad Plautium.

In his, quæ oficium per liberas fieri personas leges desiderant, servus intervenire non potest. §. 1. Non debeo melioris conditionis esse, quam autor meus, á quo jus in me transit.

Ne singulis concedatur, quod per Magistratum, publice fieri potest. 1. *De libertate & necessitudine.*

176. IDEM, lib. 13 ad Plautium.

Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. §. 1. Infinita extimatio est libertatis et necesitudinis.

De eo, qui in jus alterius succedit. 1. De ignorantia

177. IDEM, lib. 14 ad Plautium.

Qui in jus, dominium vel alterius succedit, jure ejus uti debet. §. 1. Nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere.

De principali & accessorio.

178. IDEM lib. 15 ad Plautium.

Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quæ sequntur, locum habent.

De obscura voluntate manumittentis.

179, IDEM, lib. 16 ad Plautium.

In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.

De eo, qui jussu alterius solvit.

180. IDEM, lib. 17 ad Plautium.

Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset.

Si nemo adierit ex testamento.

181. IDEM, lib. 1 ad Vitellium.

Si nemo subit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.

De eo, quod nullius esse potest.

182. IDEM, lib. 3 ad Vitellium.

Quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere.

De solemnibus non facile mutandis. De æquitate.

183. MARCELLUS, lib. 3 Digestorum.

Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus: tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est.

De vano timore.

184. CELSUS, lib. 7 Digestorum.

Vani timoris justæ excusatio non est.

De impossibilibus.

185. IDEM, lib. 8 Digestorum.

Imposibilium nulla obligatio est.

Quando peti potest.

186. IDEM, lib. 12 Digestorum.

Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi poscit. Et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo, præterito, peti non potest.

De eo, qui uxorem prægnantem reliquit.

187. IDEM, lib. 16 Digestorum.

Si quis prægnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decesse.

Si testator pugnantia jusserit. 1. De impossibilibus.

188. IDEM, lib. 17 Digestorum.

Ubi pugnatia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est. §. 1. Quæ rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt.

De pupillo et auctoritate tutoris.

189. IDEM, lib. 13 Digestorum.
Pupillus nec velle, nec nolle in ea ætate, nisi ad posita tutoris auctoritate, crædìtur: nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.

De evictione.

190. IDEM, lib. 24 Digestorum.
Quod evincitur, in bonis non est.

De beneficio principis.

191. IDEM, lib. 33 Digestorum.
Neratius consultus, an, quod beneficium dares, quasi viventi Cæsar rescripserat, jam defuncto dedisse existimaretur? Respondit, non videri sibi, Principem, quod ei, quam vivere existimabat, concessit, defuncto concessisse; quem tamen mo dum esse benefici sui vellet, ipsius æstimationem esse.

De heredibus et obligatione individua. 1. De re dubia.

192. MARCELLUS, lib. 29 Digestorum.
Ea, quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis heredibus debentur. §. 1. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius.

De aditione cum tempore mortis continuanda.

193. CELSUS, lib. 38 Digestorum.
Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis herede extitissent.

De heredibus heredum.

194. MODESTINUS, lib. 4 Differentiarum.
Qui per succesionem, quamvis longissimam, defuncto heredes constiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt.

De expresis et tácitis.

195. IDEM, lib. 7 Differentiarum.
Expressa nocent, non expressa non nocent.

De privilegiis.

196. IDEM, lib 8 Regularum.
Privilegia puædam causæ sunt quædam personæ: ideo quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt: quæ personæ sunt, ad heredem non transeunt.

De conjunctionibus. De licito et honesto.

197. IDEM, lib. sing. de ritu nuptiarum.
Semper in conjunctionibus non solum, quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit.

De dolo tutoris.

198. JAVOLENUS, lib. 13 ex Cassio.
Neque in interdicto, neque in cæteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est, sive non est.

De eo, qui imperio magistratus non paruit.

199. IDEM, lib. 6 Epistolarum.

Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.

De minori iniquitate eligenda.

200. IDEM, lib. 7 Epistolarum.

Quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis.

De his, quæ ex testamento proficiscuntur.

201. IDEM, lib. 10 Epistolarum.

Omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.

Definitiones esse periculosas.

202. IDEM, lib. 11 Epistolarum.

Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit.

De damno et culpa.

203. POMPONIUS, lib. 8 ad Quintum Mucium.

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire

De actione.

204. IDEM, lib. 28 ad Quintum Mucium.

Minus est actionem habere, quam rem.

De his, quæ á nobis abire possunt.

205. IDEM, lib. 39 ad Quintum Mucium.

Plerumque fit, ut etiam ea, quæ nobis abire possint, proinde in eodem statu sint, atque si non essent ejus conditionis, ut abire possent: et ideo, quod fisco obligamus, et vindicare interdum, et alienare, et servitutem (in) prædio imponere possumus.

De quis lucretur cum jactura alterius.

206. IDEM, lib. 9 ex variis lectionibus.

Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.

De re judicata.

207. ULPIANUS, lib. 1 ad legem Juliam et Papiam.

Res judicata pro veritate accipitur.

Desinere habere.

208. PAULUS, lib. 3 ad legem Juliam et Papiam.

Non potest videri desisse habere, qui nunquam habuit.

De servitute,

209. ULPIANUS, lib. 4 ad legem Juliam et Papiam.

Servitutem mortalitati fere comparamus.

De institutione.

210. LINNIUS RUFINUS, lib. 2 Regularum.

Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest.

De servo et absentia reipublicæ causæ.

211. PAULUS, lib. 69 ad Edictum.

Servus reipublicæ causa abesse non potest.